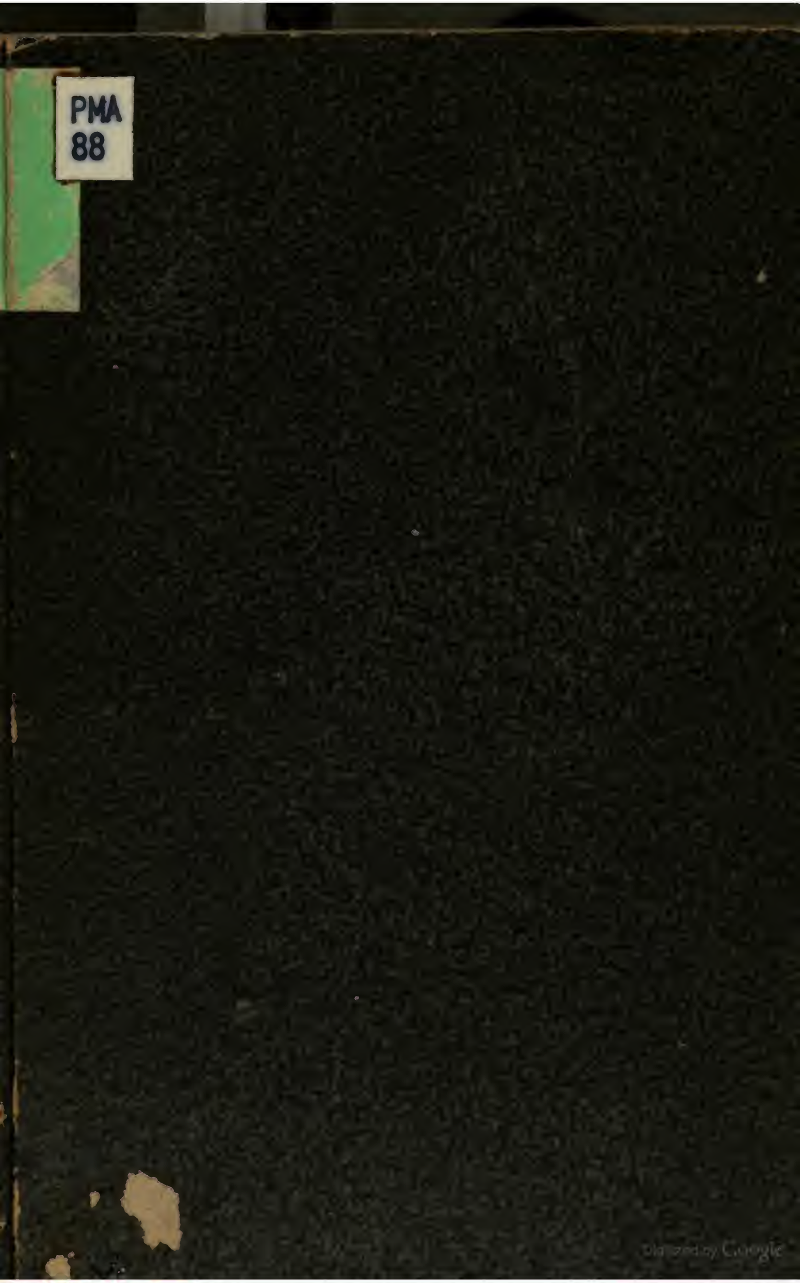
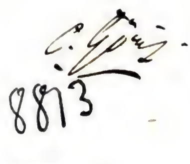

PMA
88









Das

Erlöschen des klägerischen Rechts

nach

der Einleitung des Prozesses

in

seinem Verhältniß zum Endurtheil.

Ein

geschichtlicher und dogmatischer Beitrag

zur

Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht.

Von

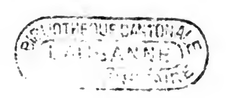
Robert Römer,

Doktor der Rechte.

Stuttgart.

Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.

1852.



Vorwort.

Wenn es der Verfasser wagt, seinen bisherigen schriftstellerischen Versuchen, einer Abhandlung über die Realgemeinden in der Zeitschrift für deutsches Recht und der zum Zweck seiner Habilitation an der hiesigen Universität geschriebenen „Beweislast hinsichtlich des Irrthums nach gemeinem Civilrecht und Prozeß" die Bearbeitung des außen bezeichneten Gegenstandes beizufügen, so muß er vor Allem äußerlich sein Unternehmen rechtfertigen, da die Lehre von dem Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht überhaupt in neuerer Zeit von Wächter, von Savigny und Buchka ausführlich behandelt worden ist.

Diese äußere Rechtfertigung des Verfassers liegt darin, daß gerade die Frage aus jener Lehre, welche der Gegenstand des vorliegenden Versuchs ist, in den genannten vortrefflichen Werken, sowohl nach ihrer historischen als nach ihrer dogmatischen Seite nur sehr kurz behandelt wird. Innerlich muß sich die Arbeit des Verfassers selbst rechtfertigen.

Er kann ihr nur die nachsichtige Aufnahme wünschen, die seinen früheren Versuchen von den verschiedensten Seiten so wohl-

wollend zu Theil geworden ist, ein Wunsch, auf dessen Erfüllung der Verfasser vielleicht um so eher hoffen darf, als kein Civilist die besondere historische und dogmatische Schwierigkeit des vorstehenden Thema's verkennen wird.

München, den 15. Juni 1852.

Dr. R. Römer.

Einleitung.

§. 1.

Durch die Verletzung des Rechts wird dasselbe provocirt, sich der Prüfung des Staats in dem dazu bestimmten Organ desselben, dem Gericht, zu unterziehen. Es ist nicht concret wirklich vor dem durch jenes ausschließlich berechtigte Organ des Staats geäußerten Anerkenntniß, d. h. dem richterlichen Urtheil. Dieses wird vermittelt durch die auf Ermittlung des streitigen Rechts gerichtete Thätigkeit der Partien und des Richters, d. h. durch den Prozeß. Derselbe, als ein endlicher Organismus, ist den Schranken von Raum und Zeit unterworfen, daher können von seinem Anfang bis zu seinem Ende, bis zum Urtheil, mit dem streitigen Recht die wichtigsten Veränderungen vorgehen, insbesondere kann dasselbe erlöschen. Hält man sich nun strict daran, die richterliche Entscheidung sei nur das Erkennen des schon vor dem Rechtsstreit vorhandenen Rechts, so müßte, falls während desselben das Recht des Klägers erlischt, der Beklagte stets freigesprochen werden, es leuchtet aber ein, daß diese stricte Auffassung des Wesens des richterlichen Urtheils zum directen Widerspruch mit dem wahren Wesen der Rechtspflege überhaupt führen kann, sofern dieses eben in der Wiederaufhebung des Unrechts, der Rechtsverletzung besteht, und jene Beschränkung auf die Beurtheilung des Rechts strict so, wie es zu Anfang des Rechtsstreits vorhanden war, gerade umgekehrt die geschehene Rechtsverletzung häufig sanctioniren würde, das Institut, welches bestimmt ist, das verletzte Recht wieder herzustellen, also speziell das Mittel wäre, die Wiederherstellung unmöglich zu machen. Dieß ist undenkbar, es muß daher dem Richter die Befugniß ertheilt werden, unter Umständen, trotz dem Erlöschen des klägerischen Rechts, den Beklagten zu verurtheilen.

Unter welchen Umständen und Voraussetzungen dieß nach Römischem und heutigem gemeinem Recht geschehen darf, dieß zu untersuchen ist die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung. Ihre Lösung kann jedoch nur einer genauen geschichtlichen Entwicklung gelingen und muß ausgehen von den ältesten uns näher bekannten Anfängen des Römischen Rechts. Sie wird zeigen, wie das ältere Römische Recht gegen jenes Uebel eine sogar mehr als zureichende Aushülfe in dem Grundsatze hatte: Es komme nur auf die Existenz des klägerischen Rechts zur Zeit des Anfangs des Prozesses an, sei es zu dieser Zeit begründet, so sei der Beklagte allemal, trotz dem nachher eingetretenen Erlöschen zu verurtheilen, und wie dieser abstrakte, nach der anderen Seite hin ungerechte Grundsatz durch die Thätigkeit der großen Römischen Juristen allmählig gemildert und auf sein wahres, innerlich berechtigtes Maß zurückgeführt wurde.

Ausgeschlossen von dieser Untersuchung ist einerseits das Wegfallen der blos factischen Voraussetzungen gewisser Klagen, anderer Seits das durch eine Verschuldung des Beklagten bewirkte Erlöschen des Rechts, sowie die Bedeutung der malae fidei possessio und der mora für die Pflicht, dem Kläger hinsichtlich des Untergangs seines Rechts einzustehen, sie beschränkt sich auf das Erlöschen des Rechts selbst während der Dauer des Prozesses, und zwar auf dieses Erlöschen ohne alle Beziehung zu irgend welchem schuldhaften Verhalten des Beklagten.

Klar ist die Wichtigkeit der Feststellung des juristischen Anfangs des Prozesses für unsere Aufgabe. Doch ist diese Wichtigkeit lediglich eine äußerliche, mit der Lösung unserer Aufgabe innerlich durchaus nicht zusammenhängende, daher genügt hier die Bemerkung, daß die Römer den Anfang des Prozesses in die Litis contestatio setzten, das gemeine Recht aber denselben in die Insinuation der Klage an den Beklagten verlegt, wie Savigny im 6ten Bande seines Systems mit bekannter Meisterschaft nachgewiesen hat.

Die Stellung der abzuhandelnden Frage im System ist für sich klar.

Erster Abschnitt.

Das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Litiscontestation in der Periode der legis actiones.

§. 2.

Betrachten wir unsere Frage zunächst in der ersten Periode der Entwicklung des Römischen Rechts, zur Zeit des Verfahrens per legis actiones, so ist vor Allem eine Darstellung dieses Verfahrens in seinen Grundzügen unumgänglich nöthig[a]. Wenn beide Parteien vor dem Magistrat erschienen sind und ihre Sache vorgetragen haben, so müssen Anspruch und Vertheidigung in eine solenne Form gebracht werden. Dieß geschieht durch Aussprechen solenner Worte, sowohl von Seiten der Parteien als des Magistrats in Verbindung mit anderen Handlungen — legis actio. Ihre Bestandtheile beziehen sich theils auf das Verfahren selbst, dem sie seine besondere Form geben, theils auf den Gegenstand des Prozesses, das streitige Recht, das sie bezeichnen. In beiden Beziehungen gründen sich die legis actiones auf leges. Als legis actiones nun, welche sich auf das Verfahren beziehen und dem Prozeß seine eigenthümliche Form geben, werden uns vier genannt, von welchen die legis actio sacramento die actio generalis und überall anwendbar war, wo nicht das Gesetz eine andere besonders angeordnet hatte.

Das Verfahren bei derselben ist nachstehendes.

Nachdem die vor dem Magistrat erschienenen Parteien erklärt haben, daß und worüber sie streiten wollen, fordert die eine Partei wechselsweise die andere auf, für den Fall, daß ihre (der Gegenpartei) Intention nicht begründet sei, eine bestimmte Summe zu versprechen, die ursprünglich sofort in sacro deponirt wurde, daher

---

a) Vgl. Puchta Curs. d. Inst. Bd. 2, §. 161 fgg. und die werthvollen Bemerkungen von Rudorff dazu seit der 2. Aufl. Wetzell, der Römische Vindicatinosproz. §. 1—11. Jetzt auch und ganz besonders Keller der Römische Civilprozeß und die Actionen §. 12 fgg.

sacramentum hieß, später nur zugesagt und durch Bürgen, praedes, dem Prätor gegenüber sicher gestellt worden ist. Das geltend gemachte Recht wurde zugleich und zwar mit den Worten des Gesetzes, auf welches es sich gründete, ausgesprochen (s. darüber Keller §. 14 und 15). Die regelmäßige Form der Provocation ist uns wahrscheinlich von Valerius Probus in der nachstehenden Formel mitgetheilt:

Quando negas (etwa: te fundam dare oportere) te sacramento quinquagenario provoco, dann der Beklagte: Quando ais, neque negas, similiter ego te sacramento quinquagenario provoco. So bei actiones in personam.

Bei der Vindication hat Gajus (IV. 16) die Formel:

Quando tu injuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco, der Kläger, hierauf der Beklagte: Similiter ego te.

Dieser Provocation ging bei dem Rechtsstreit über das Eigenthum noch folgender Act voraus. Die Sache selbst, oder ein Theil derselben wurde vor den Magistrat gebracht. Der Kläger legte nun Hand an dieselbe, indem er einen Stab (vestuca oder vindicta) hielt, und sprach: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi ecce vindictam tibi imposui, den Stab auf den Gegenstand legend. Dasselbe that und sagte der Beklagte. Der Act heißt vindicatio-contravindicatio, auch in iure manum conserere.

Nach Vollendung der vindicatio und contravendicatio sprach der Prätor: mittite ambo hominem, wodurch der Streit auf den Weg des Rechts geleitet wurde. Auf dieses folgte das sacramento contendere. Der Kläger fragte: postuto anne dicas qua ex causa vindicaveris. Der Beklagte antwortete: ius peregi sicut vindictam imposui, dann kam das: quando tu inuiria vindicavisti D aeris sacramento te provoco-similiter ego te, und Bestellung der praedes dafür an den Prätor. Bisher gilt nun kein Theil als Besitzer der Sache, sie ist der Verfügung des Prätors anheim gegeben, daher auch die vindicatio von beiden Theilen, während im späteren Prozesse, wo die Vindication einfach gegen den Besitzer geht, der Kläger sein Eigenthumsrecht anspricht, der Beklagte es in Abrede stellt.

Zuletzt bestimmt daher (im Legisactionenprozeß) der Prätor, wer von Beiden Besitzer sein solle: secundum alterum eorum vindicias dicebat, und befahl diesem dem Anderen praedes litis et vindiciarum, Bürgen wegen Restitution der Sache selbst (lis) und der mit dem Besitz zusammenhängenden Nutzungen (vindiciae), für den Fall des Unterliegens zu geben. Wem der Prätor die vindiciae ertheilen wollte, hing von seinem Ermessen ab, später ertheilte er sie regelmäßig dem gegenwärtigen Besitzer, wofern sein Besitz dem Gegner gegenüber nicht vitios war. Weigerte sich jedoch derjenige, secundum quem vindicias dicebat praetor, die praedes litis et vindiciarum zu stellen, so wurde der Besitz der anderen Partei gegeben: „transferre possessionem“, weigerte sich auch diese, so blieb er bei dem Ersten, natürlich ohne jene Bürgschaft, „in pari enim causa potior est possessor“.

Die Bestimmung der Beweislast hing übrigens von der Ertheilung der vindiciae durchaus nicht ab, sie war schon durch die vorausgegangenen Handlungen erfolgt.

Das Verfahren in jure schloß mit der litis contestatio, dem feierlichen Act, durch welchen die Parteien mittelst Aufrufung von Zeugen das Verfahren in jure als beendigt, den Prozeß als anhängig, lis für inchoata, judicium für ordinatum erklärten [b].

All das bisher Geschilderte wurde vor dem Prätor in Einem Termin vorgenommen.

Das Gericht, an welches nach der Verhandlung in jure die

---

b) Bekanntlich ist die Frage, ob es in dieser Periode eine besondere litis cont. gab oder nicht? bestritten. Dafür Keller Litiscont. und Urtheil S. 3—6 Mayer die Litis cont. geschichtl. darg. Stutt. 1830 S. 58, 60 fgg. Rudorff Zeitschr. für geschichtl. R—W. Bd. 7 S. 233—36 Zimmern d. Röm. Civilproz. S. 330 Danz de litis cont. quae fuit tempore legis actionum Jenae 1831. Puchta a. a. O. S. 184 Savigny a. a. O. (Bd. 6) S. 11, wie es scheint. Dagegen Bethmann-Hollweg Tüb. krit. Ztschrft. Bd. 5 S. 76 Heffter System des Civilproz. §. 316. Nicht weniger bestritten ist die Bedeutung der Litis contest. Keller findet ihre Bedeutung in der Constatirung des in jure mündlich Verhandelten durch Zeugen für den judex (ebenso Savigny). Mayer und Rudorff betrachten sie als einen förmlichen Vertrag (per aes et libram). Oben ist die Auffassung Puchta's gegeben.

Sache kam, war ursprünglich das der Decemvirn, die lex Pinaria gestattete den Parteien, auf Bestellung eines Einzelrichters (judex) anzutragen, den sie vom Prätor am dreißigsten Tage nach der legis actio erhielten (ob nur für actiones in personam oder auch in rem a? ist bestritten). In diesem Fall fand ohne Zweifel als letzter Act der ersten Verhandlung in jure eine gegenseitige Aufforderung der Parteien statt, nach dreißig Tagen wieder vor dem Magistrat behufs der Wahl und Ernennung der Juder zu erscheinen, während da, wo die Sache an das ständige Gericht der Decemvirn oder Centumvirn kam, nur Eine Verhandlung in jure stattfand, die mit der gegenseitigen Aufforderung schloß, „perendie" vor jenem ständigen Gericht zu erscheinen. Die litis contestatio ist, wo die l. Pinaria zur Anwendung kam, wohl auf jenen zweiten Termin in jure zu verlegen, sie folgte auf die Annahme des judex, denn erst dann war das judicium ordinatum, lis inchoata.

Die Verhandlung vor diesem Gericht nun war formell ein Streit um die summa sacramenti, materiell ein Streit um die Existenz oder Nichtexistenz des vom Kläger geltend gemachten Rechts, weil dieses eben die Bedingung der Entscheidung über das sacramentum war. Das Urtheil des Gerichts lautete auch formell auf das sacramentum, es wurde entschieden, wessen sacramentum justum, wessen injustum sei.

Cicero pro domo c. 29:

„si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent."

Pro Caecina c. 33:

„non posse sacramentum nostrum justum judicari."

Arnobius adversus gentes lib. IV.

„Quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huius modi aut vindicias justas dare aut sacramenta conetur pronunciare non justa."

Materiell ging die Entscheidung natürlich darauf, ob das Recht des Klägers begründet sei oder nicht? Der Sieger nahm die von ihm deponirte summa sacramenti weg, die des Unterliegenden fiel an das Aerarium.

Daß in jener Entscheidung über das sacramentum wirklich materiell über das Recht des Klägers entschieden wurde, sehen wir deutlich aus

Gajus IV, 48.

Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est itaque etsi corpus aliquod petatur, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

Wenn also mit der legis actio sacramento um das Eigenthum oder bei actiones in personam auf Herausgabe einer bestimmten Sache gestritten wurde, so galt die Erklärung des sacramentum des Beklagten für injustum als eine Anerkennung des Eigenthums des Klägers und Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache, beziehungsweise blos als letztere — condemnatio in ipsam rem [b1].

---

b¹) Diese condemnatio in ipsam rem nehmen für das alte Recht Heffter, Puchta, Savigny an, sie ist übrigens nicht unbestritten: Mayer a. a. O. S. 62 ff. führt aus, das sed bei Gajus IV, 48 sei ein irrthümliches Einschiebsel in der 2ten Ausgabe von Göschen, man müsse es streichen und den Satz: „sicut olim fieri solebat" mit dem nachfolgenden, nicht mit dem vorausgehenden verbinden, dann sage Gajus umgekehrt, daß auch im Legisactionenprozeß die condemnatio immer auf Geld gerichtet gewesen sei. Diese Ansicht kann man aber nicht theilen. Der Sinn der Stelle bleibt derselbe, auch wenn man das „sed" streicht. In dem „si-cut olim fieri solebat" an sich liegt ganz entschieden ein Gegensatz zu dem, was Gajus als geltendes Recht vorträgt, wozu auch sonst die Erwähnung des früher Geltenden? ein solcher Gegensatz liegt aber auch noch speziell in dem Wörtchen „olim", denn dieses drückt immer den Gegensatz zu der Jetztzeit aus, zudem verbindet die Partikel „sicut" gewöhnlich mit dem Vorder- und nicht mit dem Nachsatz, so daß gerade umgekehrt das sed nur darum eingeschoben wird, weil der Sinn der Stelle unzweifelhaft der so eben vertheidigte ist. Die im Formularprozeß eingetretene Aenderung erklärt sich vielleicht genügend daraus, daß die Exekution auch im alten Recht eine Sentenz auf Geld voraussetzte; da es nach altem Recht doch häufig zu einer solchen nach dem Urtheil auf die Sache kam, so stellte man das Prinzip der Verurtheilung in Geld auf und ließ als Ueberbleibsel des alten Rechts das arbitrium de restituendo vel exhib. bei der arbitraria formula stehen. (Ueber „olim" vgl. Gajus I, 116. 131. 154. II, 103. 142. 143. IV, 82. 108.)

Damit war das Verfahren per sacramentum zu Ende.

Gab nun der Beklagte die Sache nicht heraus, so mußte, da die Execution nie auf die Sache selbst, sondern nur auf Geld gehen konnte, ein besonderes Verfahren begonnen werden. Der siegreiche Kläger verlangte auf den Grund des ihm durch den Ausspruch über das sacramentum zuerkannten Rechts die Bestellung eines **arbitrium liti aestimandae**. Für den Eigenthumsprozeß ist dieses arbitrium schon durch die XII Tafeln angeordnet.

Festus s. v. vindiciae

.... et in XII: Si vindiciam falsam tulit, si velit is .... tor tres arbitros dato, eorum arbitrio .... fructus duplione damnum decidito. (Nach der Restitution von **Wetzell** a.a.O. S. 31: si velit is, qui vicit, praetor .... **neglecti** fructus ....) [c].

Wetzell (S. 69 Note 1) nimmt an, es sei hier immer, wenn das Streitobjekt, sei es auch durch dolus des Besitzers, untergegangen gewesen, Absolution erfolgt, weil es sich jetzt nur um die Restitution gehandelt, diese aber die restituendi facultas zur nothwendigen Voraussetzung habe. Allerdings sei aus dem dolus ein selbstständiger Anspruch entstanden. Nur wenn nach dem Judicate, also nach eingetretener mora der Untergang erfolgt, habe er die Lossprechung nicht bewirkt.

Irren wir nicht ganz, so spricht **Wetzell** hier von dem auf das Urtheil in dem Legisactionenprozeß folgenden (die Realisirung dieses Urtheils bezweckenden) Verfahren und behauptet: der (durch den Ausspruch des iudex am Ende der legis actio: sein sacramentum sei iniustum, verurtheilte) Beklagte müsse (in jenem zweiten Ver-

---

c) Ueber die Bestimmung dieser Stelle hinsichtlich des doppelten Ersatzes der Früchte, die für uns nicht relevant, aber sehr bestritten ist, s. **Wetzell** S. 31 bis 34, **Buchka** die Lehre vom Einfluß des Proz. auf das materielle Rechtsverhältniß Thl. 1 S. 222 fgg. vgl. **Savigny** Syst. Bd. 6 §. 266 Note i vgl. **Keller** a. a. O. §. 7 N. 109. Dieses arbitrium l. a. wurde gewiß nicht durch eine eigene legis actio (etwa, wie Puchta meint, per iudicis arbitrive postulationem) „eingeleitet, sie war vielmehr, wie **Keller** §. 16 bemerkt, ein eigentliches Nachverfahren", aber nicht „vor demselben Judex oder Collegium", denn nach der obigen Stelle des Festus „praetor **tres arbitros** dato".

fahren) freigesprochen werden, wenn der Gegenstand des Streits vor dem Judicat in dem Prozeß über die legis a. sacramento, sei es auch durch dolus des Beklagten zu Grunde gegangen, nicht aber, wenn sich dieß nach diesem Judicat ereignet habe, weil der Beklagte von da an in mora sich befinde.

Letzteres ist nun unzweifelhaft richtig, ebenso unrichtig aber das Uebrige.

Das Urtheil über die justitia und iniustitia des sacramentum war nämlich, wie oben bemerkt worden, eben ein condemnatio in ipsam rem, es galt als Ausspruch: es stehe dem Kläger das Eigenthum der streitigen Sache zu, wenn sein sacramentum für justum, das des Beklagten für iniustum erklärt wurde, und durch diesen Ausspruch wurde der Unterliegende verpflichtet, das Streitobjekt dem Sieger herauszugeben, obwohl die Sentenz nicht condemnatorisch in dem Sinne war, daß durch dieselbe dem Unterliegenden unmittelbar eine Leistung auferlegt worden wäre. War nun der Streitgegenstand vor dieser Sentenz untergegangen, der Beklagte aber dennoch condemnirt worden, so lag darin gerade der Ausspruch, daß er trotz diesem Ereigniß zu verurtheilen, dasselbe nicht zu seinen Gunsten zu beachten sei, und es war daher für eine Würdigung dieses Ereignisses in einem späteren Verfahren überall kein Raum, jedem Versuch dazu wäre die exceptio rei iudicatae entgegengestanden. Uebrigens schließt schon das weitere Verfahren, welches eintritt, wenn der Unterliegende der für ihn aus dem Ausspruch, sein sacramentum sei injustum, hervorgehenden Verpflichtung zur Herausgabe nicht nachkam, an sich jede derartige Erörterung aus. Dieses Verfahren war die Erbittung eines arbitrium liti aestimandae um eine executionsfähige Sentenz (auf Geld) zu erwirken. Die arbitri liti aestimandae waren nun aber lediglich auf die Schätzung des Streitobjekts in Geld beschränkt. Für diese Beschränkung ihrer Thätigkeit haben wir zwar kein spezielles Quellenzeugniß für die Zeit des Legisactionenprozesses, allein es wird dieselbe schon durch den Namen und die Betrachtung, daß alle die Sache und das Recht selbst betreffende Fragen schon in dem vorher-

gehenden Hauptprozesse erörtert und entschieden sein mußten, sehr wahrscheinlich, über jeden Zweifel vollends erhoben durch eine schlagende Analogie, welche uns das auf die confessio in jure folgende Verfahren bietet. Der Grundsatz des Römischen Rechts: „Confessus (in jure) pro judicato est oder habetur“ hat bei dem Geständniß, das nicht auf eine bestimmte Geldsumme geht, eine nur beschränkte Anwendbarkeit, weil das Urtheil im Formularprozeß nur auf eine bestimmte Geldsumme lauten durfte und im Legisactionenprozeß wenigstens die Execution durch eine auf Geld lautende Sentenz bedingt war. Es mußte daher, wenn das Geständniß auf einen bestimmten Gegenstand außer baarem Geld, oder auf einen unbestimmten Gegenstand ging, und der Beklagte auch nicht freiwillig sich dazu verstand, sein Geständniß auf eine bestimmte Geldsumme zu richten, ein förmlicher Prozeß eingeleitet, ein Judex bestellt, Lis contastirt und ein Urtheil gesprochen werden.

l. 7. 5. 3. 8. Dig. de confessis 42, 2.

Die Thätigkeit des Judex in diesem Prozesse war aber streng darauf beschränkt, den eingestandenen Gegenstand in eine bestimmte Summe Gelds zu verwandeln:

l. 25. §. 2 Dig. ad leg. Aquil. 9, 2. (Paulus.)

Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur, nam nullae partes sunt iudicanti in confitentes,

cf. l. 26 eod. l. 6 §. 2 Dig. de confess. 42, 2

und der Judex ist an den Inhalt des Geständnisses strict gebunden, hat in Beziehung auf die eingestandenen Thatsachen und Rechtsverhältnisse nichts zu untersuchen.

l. 56 Dig. de re iud. 42, 1. (Ulpian.)

Post rem iudiacatam, vel iurciurando decisam, vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post Orationem Divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur,

insbesondere, wenn das streitige Objekt zur Zeit des Geständnisses auch nur casuell bereits untergegangen war, so berührt dieß den Judex gar nicht, er hat ja nur mit der aestimatio zu thun,

l. 5. l. 3. Dig. de confess. (Ulp. Paulus.)
.... „ita tamen, ut in aestimationem ejus damnetur: quia confessus pro judicato habetur.“ Zudem hieß auch dieses iudicium unzweifelhaft arbitrium liti aestimandae [d].

Daher sagt auch Cicero in c. 41 seiner Rede pro Cluentio: .... sed hoc statuitur, aestimationem litium non esse iudicium. Er spricht von den Repetundenprozessen, wo sich die abgesonderte litis aestimatio noch erhalten hatte, und hat, indem er sagt: non esse iudicium durchaus nicht als Gegensatz etwa das: arbitrium im Auge, durchaus nicht: strenges und freies Gericht, wie Wetzell (S. 63 Note 1) anzunehmen scheint, vielmehr beweist der ganze Zusammenhang der Rede deutlich, daß Cicero mit obigen Worten ganz unsern Sinn ausdrückt, indem er damit die litis aestimatio als die Nebensache, das Untergeordnete, Beschränkte gegenüber dem Judicat, als der Hauptsache, als dem Act, durch welchen das Wichtigste und Hauptsächliche bereits vollständig erledigt ist, bezeichnen will. Diesem Resultat widerspricht auch durchaus nicht die größere Freiheit des richterlichen Ermessens, auf welche der Ausdruck arbitrium deutet, diese war allerdings vorhanden aber beschränkt auf die Frage über die Größe der Summe, über den Umfang des zu Ersetzenden.

§. 3.

Savigny (S. 51) findet für die Periode der legis actiones den Grundsatz, nach welchem die Aufgabe der litis contestatio auf die Ausgleichung der Folgen geht, welche aus der unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entspringen, wirksam in der Bestellung der praedes litis et vindiciarum.

Nun soll und kann nicht bestritten werden, daß dieses Institut geeignet war, den Kläger gegen die Nachtheile, welche aus der Dauer des Prozesses für ihn entstehen konnten, zu sichern, eine prinzipielle Bedeutung jedoch, als ob gerade jener Grundsatz eben durch dieses Institut in's Leben geführt worden wäre, kann man nicht zu-

---

d) Rudorff zu Puchta Curs. d. Inst. §. 173 Note d a. E.

geben. Denn die Verpflichtungen des Besitzers selbst beruhten unmittelbar auf gesetzlicher Bestimmung und nicht etwa auf einem besondern dem Versprechen der praedes analogen Versprechen, wie sich daraus ergibt, daß während später eine stipulatio pro praede litis vindiciarum, die durch Bürgen verstärkt werden muß, vorkommt, im Legisactionenprozeß nur von Bürgen die Rede ist. Auch kommen ja die praedes litis et vindiciarum nur bei der Vindication vor, bei allen übrigen Klagen, für welche doch das Bedürfniß der Abwendung der aus der Dauer des Rechtsstreits entstehenden Nachtheile, wenn auch nicht durchaus in derselben Richtung, ebenso vorhanden war, läßt uns das Institut der praedes im Stich.

Wir finden daher in diesem Institut für die Lösung unserer Frage keinen Anhaltspunkt. Einen negativen Anhaltspunkt könnte eine Ansicht Wetzell's gewähren, wenn dieselbe sich bestimmt als richtig erwiese. Er nimmt an, die praedes litis et vindiciarum hätten nicht für zufällige Nachtheile in Beziehung auf den Streitgegenstand und die Früchte gehaftet, die Verpflichtungen des Besitzers selbst aber seien natürlich von denen der Bürgen nicht verschieden gewesen. (S. 31.)

Ist dieses richtig, so haben wir für unsere Frage das Resultat, daß das Erlöschen des Rechts, welches in dem casuellen Untergang des Objekts unzweifelhaft liegt, auch wenn es nach der Litiscontestation eintritt, berücksichtigt werden und die Absolution des Beklagten bewirken muß.

Allein diese Ansicht Wetzell's ist überhaupt nicht als richtig anzuerkennen.

Vor Allem ist ein Schluß von dem Umfang der Haftung der praedes auf den Umfang der Haftung des Besitzers schon an sich nicht bündig, er erscheint aber noch weniger zuverlässig, wenn man bedenkt, daß die Verpflichtung der Bürgen auf einem ganz besonderen Rechtsgrunde, der Verleihung der vindiciae an den Besitzer, beruht, während dessen Haftung in seiner Eigenschaft als Beklagter eine ganz andere, weiter gehende gewesen sein kann.

Dann aber ist Wetzell's Beweisführung für seine erste Be-

hauptung, die praedes haben nicht für casus gehaftet, nicht hinreichend. Er stützt sich auf

Asconius ad Cic. in Verr. II. 1. 45.

Praedes ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea, qui tenet, diffidens causae suae, possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores, et culta deserat.

Allerdings ist hier die Haftung der praedes auch für casus nicht einmal angedeutet, allein daraus folgt durchaus nicht, daß sie nicht wirklich für casus zu stehen hatten. Die Stelle spricht überhaupt lediglich von einem dolosen Verhalten des Besitzers „diffidens causae suae", also müßte consequent, ganz mit demselben Recht, daraus gefolgert werden, daß die Bürgen auch für die culpa des Besitzers nicht einzustehen haben, was doch Wetzell selbst am wenigsten zugibt, ebenso spricht die Stelle blos von der Verschlechterung, gar nicht von der Vernichtung des Objekts, während doch unzweifelhaft die praedes für die eine so gut wie für die andere haften, — man sieht, die Argumentation Wetzell's aus dieser Stelle beweist viel zu viel, und darum gar nichts. Offenbar will Asconius hier gar keine umfassende Sach-, sondern blos eine Worterklärung geben und nur an einigen Beispielen den Zweck des Instituts der praedes beiläufig zeigen. Uebrigens ist die Quelle der Argumentation Wetzell's schon äußerlich gar nicht zuverlässig, sofern gerade die Commentare des (im 1. Jahrhundert n. Chr. lebenden) A. Asconius Pedionus zu den Reden Cicero's gegen Verres höchst wahrscheinlich unächt sind.

Mayer spricht sich über die vorliegende Frage dahin aus:

Die litis contestatio ist ein förmlicher Vertrag per aes et libram, dessen Inhalt bei actiones in personam ein Verzicht des Klägers auf seine Forderung für den Fall seiner Abweisung, in einer Verpflichtung des Beklagten für den Fall seiner Verurtheilung, bei actiones in rem aber in einer Eigenthumsübertragung an den Beklagten gegen das Versprechen einer Geldzahlung, Zahlung der litis aestimatio, bestand. Die Summe jedoch, welche in diesen

Verträgen versprochen wird, bestimmt sich verschieden durch den erweislich schon bis in die älteste Zeit hinauf reichenden Gegensatz zwischen judicia (= judicia stricti juris, certae formulae wegen certa pecunia oder certa res) und arbitria (arbitrariae actiones, von welchen die bonae fidei a. nur eine Spezies sind, incertae formulae). Bei den ersteren war jene Summe ein certum und mußte nach der Zeit der Litiscontestation bestimmt werden, ein Grundsatz, der eben deßhalb auch bei der rei vindicatio einer certa pars oder certa res eintrat, obgleich die Klage arbiträr war, indem dabei immer eine gewisse Geldsumme vertragsmäßig bestimmt wurde, auf welche dann eine obligatorische Klage ging. Bei incertae formulae wurde ein incertum, nämlich der Werth zur Zeit des Urtheils versprochen, und deßhalb mußte vorzugsweise auf dieses gesehen werden.

Dieses Resultat fällt jedoch mit der Grundansicht Mayer's, daß die L. C. jener Zeit (der legis a.) ein förmlicher Vertrag gewesen sei, eine Ansicht, welche, obwohl sie mit großem Scharfsinn begründet worden ist, und an Rudorff eine sehr gewichtige Stütze gefunden hat, doch als widerlegt erachtet werden muß [a]). Außerdem steht aber der Ausführung Mayer's noch Folgendes entgegen.

Wäre Mayer's Ansicht richtig, so müßte die Verurtheilung im Legisactionenprozeß auf die jedesmal vertragsmäßig festgesetzte Summe lauten, während doch das Urtheil lediglich darauf ging, wessen sacramentum justum und welches injustum sei, und die summa sacramenti durch das Gesetz selbst (XII Tafeln) ein für allemal fixirt war auf 500 asses, wenn das Streitobjekt 1000 asses oder mehr, auf 50 asses, wenn es weniger werth ist oder der Prozeß die Freiheit eines Menschen betrifft. Ferner ist der Unterschied zwischen arbitria und judicia in dem Umfang, wie ihn Mayer als Grundlage seiner Argumentation annimmt, für die Periode der

---

a) Vgl. Danz l. c. Puchta Curs. Bd. 2 S. 185 u. 186 Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 6 S. 688.

legis a. nicht erweislich [b]), wie denn von einer formula certa und incerta begreiflich erst beim Formularverfahren, nicht bei den legis a. die Rede seyn kann. Dann ist auch selbst für die Periode des Formularverfahrens der Unterschied zwischen judicia und arbitria von Mayer nicht richtig bestimmt, sofern die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der Formel, d. h. der intentio für jenen Unterschied ganz irrelevant ist, und die intentio incerta, wenn sie in jus concepta ist, bekanntlich eine condictio, also ein judicium strictum begründet, obwohl bei der intentio incerta der Natur der Sache nach in Beziehung auf die Schätzung des Gegenstands und die Accessionen das officium judicis weiter ist, als bei der intentio certa und in dieser Beziehung die condictio incerti mit den bonae fidei actiones gleich behandelt wird. Endlich wird noch in

l. 3 §. 2 Dig. commod. 3, 6

für alle actiones stricti juris also auch für die condictio incerti hinsichtlich der Aestimation der Zeitpunkt der litis cont. ausnahmslos als einzig entscheidend erklärt.

Die Entscheidung der Frage, die uns hier beschäftigt, für die Periode der legis a. möchte einfach und sicher aus eben diesem Verfahren überhaupt sich ergeben.

Den Gegenstand des Verfahrens bei der legis a. sacramento bildet formell lediglich das sacramentum, die Frage, wessen sacramentum iustum, wessen iniustum sei? Was ist nun natürlicher, als daß eben diese Frage, somit nothwendig auch das streitige Recht selbst, von dessen Existenz ihre Entscheidung abhängt, nach dem Zeitpunkt der Vollziehung des sacramentum, also der Deposition, später der Zusage des sacramentum beurtheilt wurde? Spricht schon das ganze Verfahren, der Charakter der Wette, der sein Wesen ausmacht, hiefür, so ist vollends entscheidend die uns von Gajus erhaltene Formel der provocatio ad sacramentum bei der Vindication: Quanto tu iniuria vindicavisti, D. Aeris sacramento te provoco

b) Vgl. über diesen Unterschied in der Periode der legis a. Puchta §. 154 und 162 Keller §. 7.

— similiter ego te. Das Perfectum „vindicavisti" beweist deutlich, daß bei der Frage: ob mit Recht oder Unrecht vindicirt, und, da lediglich hievon das Endurtheil, wessen sacramentum iustum, wessen iniustum sei, abhing, auch bei diesem einzig der Augenblick des Anfangs des Rechtsstreits entschied. Ja streng wörtlich genommen war der maßgebende Moment schon der der vindicatio, des in iure manum conserere. Wir dürfen aber wohl annehmen, daß die Römer als entscheidend den Moment der Litiscontestation bezeichneten, also den Act, der gerade die Bestimmung hat, den Anfang des Rechtsstreits durch die Parteien selbst constatiren zu lassen. Es ist auch diese Annahme um so eher zulässig, als sich eine practische Verschiedenheit nicht herausstellt, man mag den Augenblick der vindicatio, den der Deposition später der Zusage der Strafsumme oder den Augenblick der Litiscontestation entscheiden lassen, denn alle diese Acte folgten in der Regel unmittelbar auf einander in derselben Verhandlung vor dem Prätor. Eine schlagende Analogie hiefür bietet uns das Formularverfahren. In diesem Verfahren schließt sich die Litisconstetation unmittelbar an die Ertheilung der formula durch den Prätor an, sie ist mit ihr gleichzeitig, wollte man also blos den Zeitpunkt bezeichnen, von dem an gewisse Wirkungen im Prozeß eintreten sollen, so war dazu die formula concepta ebenso geeignet, als die Litiscontestation. Gleichwohl wird immer nur die Letztere genannt.

Wo in Gemäßheit der Lex Pinaria ein Juder gegeben wurde, da war nach dem bereits Ausgeführten zwischen der Vollziehung des sacramentum und der L. C. ein Zeitraum von 30 Tagen, ist für diesen Fall hinsichtlich der Beantwortung unserer Frage eine Vermuthung erlaubt, so ist auch hier der Zeitpunkt der Litiscontestation, also zeitlich ein späterer Moment entscheidend, eben weil die L. C. von jeher als der Anfang des Prozesses galt.

So ist denn unser Resultat: daß es in der Periode der legis actiones einzig auf die Existenz des Rechts zu Zeit des Anfangs des Rechtsstreits, der Litiscontestation, ankam, und ein Erlöschen desselben nach diesem Zeitpunkt durchaus nicht mehr berücksichtigt wurde.

Ob für diese nothwendige Consequenz aus dem ganzen Verfahren per sacramentum die Römer noch eine besondere Rechtsform gesucht und sie etwa, wie später gewisse Wirkungen der Einleitung des Prozesses, auf ein vertragsähnliches Verhältniß zurückgeführt haben, läßt sich nicht entscheiden, es lag übrigens dazu kaum eine Veranlassung vor, weil gerade das Verfahren per sacramentum selbst unmittelbar zu dieser Consequenz führte. Eben deßhalb war sicherlich unsere Frage in jener alten Zeit nie zweifelhaft, ihre Lösung in dem obigen Sinne verstand sich von selbst.

Neben der generalis legis a sacramento bestand wohl von jeher eine zweite legis a. per iudicis arbitrive postulationem vornämlich[c] für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche nicht zum Vor-

---

c) Keller a. a. O. §. 17 vgl. mit §. 7 statuirt diese l. a. nur für die arbitria, während er die l. a. sacramento auf die in rem actio und auf die actio in personam auf certa pecunia und certa res beschränkt, so daß die (formell) spätere condictio incerti gar keinen Platz mehr findet und Keller genöthigt ist, sie auch materiell für ein späteres Gebilde zu erklären §. 25 nach N. 310 §. 40. Dazu fehlt es aber an allem Grunde, wir müssen vielmehr annehmen, daß es von jeher einen Anspruch auf ein incertum als eine obligatio stricti juris, somit als Gegenstand eines iudicium im Gegensatz zum arbitrium gegeben habe, und die Verfolgung dieses Anspruchs möchte gleichfalls gerade an die legis a. per iudicis a. p. zu verweisen sein, daß sie nicht zu dem Verfahren per sacramentum gepaßt hat, das muß nach der trefflichen Characterisirung dieser l. a. bei Keller §. 7 u. 17 gewiß angenommen werden, eben deßhalb aber bleibt gar nichts anderes übrig, als sie der l. a. p. iud. arbitr. p. zuzuweisen. Ueberdieß haben wir für diese Zutheilung ein entscheidendes Quellenzeugniß, Gajus IV, 20 sagt: Welches Bedürfniß die Einführung der legis actio per condictionem veranlaßt habe, sei sehr die Frage, da man ja für Schuldforderungen „de eo quod nobis dare oportet" sich entweder des Sacramentum oder der Judicis postulatio habe bedienen können. Das „dare oportere" bezeichnet gerade die Verpflichtung aus der stricti juris obligatio und Gajus sagt deutlich, das „dare oportere" habe durch jene beiden legis a. verfolgt werden können, nun ist es aber unmöglich, den Gajus dahin zu verstehen: Gerade die Ansprüche, für welche die l. a. per condictionem eingeführt worden sei, auf certa pecunia (durch die lex Silia) und auf certa res (durch l. Calpurnia), haben auch durch die jud. post. verfolgt werden können (dieß bemerkt ganz richtig Keller §. 18 Note 247) und doch sagt er unbestreitbar: Für das „dare oportere" sei die jud. p. auch brauchbar gewesen, daher ist die einzig mögliche Lösung die, unter dem mit l. a. p. jud. p. verfolgbaren „dare oportere" das „incertum dare oportere" zu verstehen. Freilich

aus in jeder Richtung objektiv fest und sicher unter den Partien bestimmt werden können, bei deren gerichtlicher Ordnung daher auch dem Richter eine größere Freiheit in Beziehung auf die Bestimmung von Recht und Unrecht eingeräumt werden muß, für die — arbitria.

Trotz der größeren Freiheit des officium iudicis bei dieser legis a. ist auch für sie unsere Frage wohl ebenso zu beantworten, wie bei der legis a sacramento. Denn einmal ist diese letztere doch die generalis actio und daher sehr wahrscheinlich in prozessualischer Beziehung auch für die andern l. a. maßgebend gewesen, dann war auch bei den arbitria muthmaßlich die Freiheit des arbiter

---

wird die stricti juris obligatio auf ein incertum in der formula nie mit „dare“, sondern nur mit „dare facere oportere“ bezeichnet, und das „dare oportere“ in der formula nur für den Anspruch auf certum (pecunia oder res) gebraucht, allein bei dem Versprechen eines incertum kommt doch der Ausdruck „dare“ vor (Puchta Inst. §. 259 N. a und bei N. o) und so kann die Stelle bei Gajus wohl in dem geltend gemachten Sinne verstanden werden, um so mehr als es sich bei Gajus gerade nicht um den prozessualisch formulirten, sondern lediglich um den materiellen Anspruch handelt, Gajus eben andeuten will, welches Gebiet materieller Rechtsverhältnisse jede der betreffenden legis actiones umfasse. — Hiernach wäre das Charakteristische der Judicis post. die Unbestimmtheit des zu Leistenden und insofern allerdings eine größere Freiheit des richterlichen Officium, aber mit Nothwendigkeit nur soweit eben die Unbestimmtheit des Gegenstands sie fordert, durchaus nicht allein die (viel weiter gehende) Freiheit des arbiter, während umgekehrt die Verwandtschaft beider, ihre Gleichheit darin, daß bei beiden die intentio incerta ist, die Anwendung der jud. post. auf Beide auch innerlich wahrscheinlich macht. Die judicis p. umfaßt somit nicht nur alle arbitria, sondern auch die iudicia, deren Object ein incertum ist; sollte hiefür nicht schon die Bezeichnung: legis a per iudicis arbitrive p. sprechen, so wie die Formel selbst: Judicem arbitrumve postulo uti des? (wie Keller treffend vermuthet, mit vorangehender kurzer Bezeichnung der Streitsache, einer Art demonstratio). Kellers Erklärung dieser Formel: in der älteren Zeit seyen alle strengen, alle Sacramentsprozesse an ein ständiges Collegium gekommen, und nur die freien vor den Privatrichter, daher sei es gleichgiltig gewesen, ob man diesen iudex oder arbiter geheißen habe, ist nicht zureichend, weil ja auch für die strengen, die Sacramentsprozesse durch die lex Pinaria (schon vor den zwölf Tafeln, nach Huschke 282 a. u. c.) die Möglichkeit der Entscheidung durch einen Privatrichter gewährt war. — Ueber das Alter des Gegensatzes von strengen und freien Klagen s. noch Puchta Inst. §. 154 bei N. h. Savigny System Bd. 5 Beil. XIII, Nr. 13 Beil. XIV, Nr. 47.

auf die Beurtheilung des Rechtsstreits in materieller Beziehung, namentlich die Auslegung des Rechtsgeschäfts, beschränkt, weiter ging nämlich das Bedürfniß überhaupt nicht, endlich ist nach dem in Note c Ausgeführten unter der iud. post. auch ein strenges Recht begriffen, das sicherlich soweit möglich, nach den Grundsätzen des sacramentum beurtheilt wurde und so eine spezielle Veranlassung gab, auf die iud. post. überhaupt diese Grundsätze anzuwenden, soweit dieß nicht eben der specifischen Bestimmung derselben widersprach.

Daß bei der legis a per condictionem und bei der per manus injectionem nichts Anderes galt, bedarf keiner Ausführung. Beide beziehen sich nur auf strenges Recht, wie das sacramentum [d].

d) Vgl. darüber Keller §. 18 u. 19. Uebrigens ist die manus inj. wie die pignoris capio wesentlich Organ für die Execution, nicht für die Vereinigung und Feststellung streitiger Rechte.

Zweiter Abschnitt.

Das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der L. C. in der Periode des Formularverfahrens und bis auf Justinian.

§. 4.

Der Betrachtung der einzelnen Quellenzeugnisse über unsere Frage in der Periode des Formularverfahrens müssen die Grundzüge der Entstehung dieses Verfahrens vorangeschickt werden.

Die legis a sacramento war für die actiones in rem und für die actiones in personam de certa pecunia und de certa re bestimmt. Durch die lex Silia wurde für die actio de certa credita pecunia eine neue legis actio per condictionem eingeführt und durch die lex Calpurnia auf die actio de certa re ausgedehnt. Ihr Charakteristisches muß daher nothwendig in einer Abweichung des Prozeßgangs von dem der l. a. sacramento bestanden haben, und wirklich haben wir allen Grund eine Abkürzung und Vereinfachung des Verfahrens in iure, der legis actio selbst bei ihr anzunehmen [a]. Sie bestand in einer (offenbar außergerichtlichen) Denunciation, nach 30 Tagen vor dem Prätor zu erscheinen, um einen Judex zu empfangen, hatte also blos eine Verhandlung vor dem Prätor und zwar gerade nur die Verhandlung vor demselben, welche, wo bei der l. a. sacramento gemäß der lex Pinaria ein iudex verlangt werden konnte, ganz formlos, ohne solennia verba geschah, blos die Verhandlung über die Ernennung des iudex und die Verabredung, perendie vor ihm zu erscheinen, enthielt. Nun muß aber in der einzigen Verhandlung in iure doch auf irgend eine Weise dem künf-

---

a) Vgl. die ausgezeichnete Behandlung dieser l. a. bei Keller §. 18. Ueber den Gegenstand des obigen Paragraphen überhaupt s. Savigny System Bd. 5 Beil. XIII und XIV Puchta Curs. d. Inst. §. 163 Keller §. 23, 25, 26, 28.

tigen Judicium seine Richtung, namentlich sein Gegenstand gegeben worden sein, und in dieser Beziehung ist die Vermuthung wohl nicht zu gewagt, daß hier bereits etwas der späteren formula Aehnliches angewendet wurde.

Hieran schloß sich ohne Zweifel die durch die lex Aebutia begonnene bewundernswürdige Reform, durch welche das prätorische Formelsystem der Mittelpunkt der Entwicklung des Römischen Rechts geworden ist.

Die lex Aebutia selbst führte zunächst das litigare per formulas wahrscheinlich nur für die Fälle der l. a. per condictionem, die actio de certa pecunia und certa re ein; dafür spricht die Beibehaltung des Namens condictio gerade für die formula, mit der diese beiden Ansprüche verfolgt werden, obwohl er bei dem Mangel einer denuntiatio nicht mehr paßte, und die Notiz bei Gajus (IV, 33): Es gebe keine „formula ad condictionis fictionem“, vielmehr gehe die Formel direct auf: „pecuniam aut rem aliquam nobis dare oportere“ und zwar deßhalb, weil diese formulae „sua vi ac potestate“ valent, dieses deutet auf das unmittelbare Eingreifen eines Gesetzes — der lex Aebutia.

Die großen Vorzüge dieses Verfahrens mochten seine Ausdehnung bald wünschenswerth machen, und man hatte dazu ein naheliegendes Mittel, die Sponsionen, welche schon in dem Legisactionenprozeß eine Rolle spielten: Man schloß eine sponsio (praejudicialis) und erhielt daraus die durch die lex Aebutia ja eben für die Forderung auf certa pecunia eingeführte formula, mit der man formell nur die summa sponsionis, materiell aber jedes beliebige Recht geltend machte, ganz analog dem Sacramentsprozeß.

Für die Ansprüche auf ein incertum hatte dieß dieselben Inconvenienzen, wie im Legisactionenprozeß, wie daher in diesem schon sehr früh die l. a. per iudicis arbitrive postulationem aufkam, so wurden gewiß auch bald formulae, direct auf das incertum gerichtet, ertheilt. Weiter ausgedehnt wurde das Formularverfahren durch fictitiae und in factum actiones, zugleich eine materielle Erweiterung des Rechts von den im jus civile anerkannten Rechten,

am spätesten auf die in rem actiones. Sie konnten lange nur durch legis actio oder durch agere per sponsionem verfolgt werden, das Letztere war insofern beschwerlich, als dazu eine Mehrheit von Handlungen erforderlich war: 1) Eingehung der sponsio vor dem Prätor; 2) Ertheilung der formula ex sponsione und Durchführung des Prozesses mit dieser; 3) Im Fall des günstigen Judicats über die sponsio die Einleitung eines arbitrium litis aestimandae. Jetzt wurde die Untersuchung und Beurtheilung des streitigen Rechts unvermittelt und unmittelbar dem Judex aufgegeben und zugleich mit dem Judicium eventuell auch das arbitrium bestellt.

Damit war übrigens, wie Keller schlagend bemerkt, für das Verfahren des Judex der gehörigen Trennung des Judicium und arbitrium kein Abbruch geschehen; vielmehr entsprach die Gliederung der formula petitoria genau der Gliederung in iudicium und arbitrium: Erst soll Erörterung und Ausspruch (Pronunciatio) über die Existenz des streitigen Rechts erfolgen (Judicium), dann aber das restituere nach seinem vollen Umfang ermittelt und dem Beklagten aufgegeben, endlich, wenn der Restitutionsbefehl nicht befolgt würde, die Schätzung und Condemnation in Geld vorgenommen werden.

Diese Verbindung von Judicium und arbitrium in Einer Formula constituirt gerade den Begriff der arbitraria actio, welche demnach nur von der pronunciatio an arbitrium, freie Klage, bis dahin aber judicium, strenge Klage, ist.

Noch zu Cicero's Zeit war übrigens die formula petitoria nicht auf die Klage aus dem Erbrecht ausgedehnt, man hatte nur die Wahl, entweder per legis actionem (sacramento) oder, wenn man per formulam sein Erbrecht geltend machen wollte, per sponsionem zu streiten [b].

---

b) Dernburg: über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen, Heidelberg 1852 behauptet (S. 6 u. 7): Wenn der Erbschaftsstreit auch durch Sponsion eingeleitet worden sei, sei über diese nicht nothwendig durch eine formula vor dem Privatrichter gestritten worden, auch von den Centumvirn mit der legis actio könne ein Sponsionsprozeß entschieden werden. Sage uns doch Gajus ausdrücklich, daß der Prozeß per sponsionem zu

Erst durch die beiden leges Juliae (wahrscheinlich die iudiciariae von August) wurde die Anwendung der legis actiones noch mehr beschränkt und das Formularverfahren in weiterem Umfang und zwar als ausschließlich geltend sanctionirt, wie weit? ist im Einzelnen nicht zu ermitteln. Uebrigens kam der Legisactionenprozeß nie ganz ab, er bestand noch zu Gajus' Zeit, für den Anspruch wegen damnum infectum, und bei allen Rechtssachen, die vor das Centumviralgericht gehörten, diese müssen durch l. a. sacramento vor dem Prätor oder Präses Provinciä eingeleitet werden. Das Centumviralgericht aber war durch August mit einer festen und ausschließlichen Competenz namentlich für Erbschaftssachen versehen, während es bis dahin wahrscheinlich für alle Vindicationen außer den Prozessen über Status, wenn auch nicht exclusiv competent war[c]. —

In dem Formularprozeß wiederholt sich der Unterschied zwischen strengen und freien Klagen namentlich innerhalb des Kreises der actiones in personam mit iuris civilis intentio: Bonae fidei actiones mit der intentio: dare facere oportere ex fide bona und stricti iuris a. mit der intentio: dare oder dare facere oportere, jene entsprechend den arbitriis des alten Rechts. Der Unterschied zwischen beiden besteht in der größeren oder geringeren Freiheit des richter-

---

seiner Zeit bei den Centumvirn der herrschende sei, ohne daß dieser dadurch aufgehört habe, eine legis actio zu sein: Gajus IV, 95: Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem, eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit, scilicet propter legem ..... Diese Ansicht widerlegt sich aber, abgesehen von den vielen sonstigen entgegenstehenden Gründen, einfach und vollständig durch die Worte des §. 95 cit., welche in Dernburg's Citat gerade allein weggeblieben sind. Nach den Worten: „sed per legis actionem“ heißt es nemlich: „sacramento enim reum provocamus“, und es ergibt sich daraus, daß Gajus den Ausdruck: „sponsio“ für „sacramentum“, und „sponsionem facere“ für „sacramento provocare“ gebraucht, also durchaus nichts von dem uralten Verfahren Abweichendes berichtet, vielmehr gerade dessen unveränderte Fortdauer bei dem Centumviralgericht auch für seine Zeit besonders bestätigt. Man vgl. Cic. in Verr. I, 45.

c) Keller §. 6.

lichen Ermessens sowohl in materieller als, und zwar damit zusammenhängend, in prozessualischer Beziehung [d].

Theilweise freie Klagen sind nach dem oben Bemerkten die arbitrariae actiones, zu welchen die in rem und eine Anzahl in personam a. gehören. Sie zeichnen sich vor den übrigen Klagen durch Folgendes aus: 1) die Condemnation ist außer ihren sonstigen Voraussetzungen noch bedingt durch die Nichtbeachtung des bei diesen Klagen vom Richter an den Beklagten zu erlassenden Befehls, den Kläger zu befriedigen, namentlich ihm zu restituiren oder zu exhibiren. 2) Wird diesem Befehl Folge geleistet, so erfolgt Absolution, wo nicht, so wird der Beklagte, wie gewöhnlich, in Geld condemnirt, aber der Kläger darf durch seinen Eid die Summe der Condemnation bestimmen. Die Freiheit des Richteramts lag nun hier eben in der Bestimmung des Umfangs der Befriedigung des Klägers, der Art, wie diese zu geschehen habe, z. B. mit den Früchten, dem Interesse, Cautionen u. s. w., weiter ging sie gewiß nicht, namentlich nicht auf Entscheiduug der Frage: ob der Beklagte zu leisten habe, die Entscheidung (Bejahung) dieser Frage wird vielmehr schon vorausgesetzt [e]. Die arbitrariae a. sind daher im Vergleich zu den bonae f. a. nur in sehr beschränktem Sinne arbitria zu nennen.

---

d) S. über diesen Unterschied Savigny Bd. 5 §. 218—220 Beil. XIII und XIV Puchta Curs. d. Inst. §. 165 und 269 Wächter Erörtrgn Hft 2 S. 43 ff. Sintenis das pract. gem. Civilr. §. 29 besonders not. 44.

e) A. M. Puchta Curs. §. 170 bei Note u. Er will zwar in dem arbitratus iudicis nicht das Recht zur Berücksichtigung eigentlicher in iure nicht vorgebrachter exceptiones finden, wohl aber die Befugniß, jede vom Beklagten angeführte, gerecht scheinende Befreiung von der Restitutionspflicht zu beachten und ihn deßhalb zu absolviren. Allein dafür fehlt jeder Quellenbeleg, diese sprechen vielmehr sehr für die obige Beschränkung des arbitratus §. 31 Inst. de act. 4, 6 ..... nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat .... In his enim actionibus et similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. — Ueber die arbitrariae a. im Allgemeinen, namentlich ihr Verhältniß zu den bonae f. a. sind die Ansichten sehr verschieden, vgl. Savigny System Bd. 5 §. 221 Puchta §. 165 N. mm. oo. §. 166 Note u Wächter Hft 2 S. 107 Keller §. 7 N. 118 u. §. 28.

Bei den in factum a. entscheidet sich die größere oder geringere Freiheit des iudex lediglich nach der Fassung der intentio [f].

Nach dieser Erörterung nun wird eine gründliche und sichere Behandlung unserer Frage möglich sein.

§. 5.

Betrachtet man diese Entwicklung, vergegenwärtigt man sich insbesondere die lange Alleinherrschaft des Legisactionenprozesses, die Entstehung des Formularverfahrens eben aus diesem, die ursprüngliche enge Begrenzung des Formularverfahrens und bei weiterer Ausbreitung desselben das Festhalten an den gerade aus dem Legisactionenprozeß entstandenen Condictionen (Sponsionenverfahren), überhaupt das Vorherrschen der Condictionen als ursprüngliche Regel, so ist es schon an sich, abgesehen von allen speziellen Quellenzeugnissen, im höchsten Grade wahrscheinlich, daß der, wie bereits nachgewiesen worden, im innersten Wesen des Legisactionenprozesses begründete Satz, die Verurtheilung des Beklagten ohne alle Rücksicht auf das etwa nach der Litiscontestation erfolgte Erlöschen des klägerischen Rechts eintreten zu lassen, als ein feststehendes und selbstständiges Prinzip in das Formularverfahren herübergenommen wurde.

Diese Auffassung wird nun entschieden bestätigt durch

Gajus IV, 114

„an ideo potius damnari, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat."

Dieser Satz wird als derjenige bezeichnet, aus welchem die Verurtheilung des Beklagten trotz der nach der Litiscontestation aber vor dem Urtheil erfolgten Befriedigung des Klägers gefolgert werden könnte und von den Proculejanern auch wirklich gefolgert wurde, er stimmt nun aber eben mit dem von uns kaum aus der

---

f) Puchta §. 165 N. yy ff. §. 170 N. v ff. A. M. Savigny Bd. 5 Beil. XIII 6, 10, 18 u. §. 225 Note l. Er will sie ganz nach de: Grundsätzen der bonae f. a. beurtheilen. Vgl. Wächter a. a. O. S. 107.

Entwicklung des Römischen Prozesses überhaupt Hergeleiteten ganz genau überein, und wir dürfen in ihm um so mehr das eigenthümliche, selbstständige und letzte Prinzip für die Entscheidung unserer Frage in der Zeit des Formularverfahrens sehen, als er gerade für jene ganz erorbitante Consequenz als möglicher beziehungsweise (für die Proculejaner) als wirklicher Entscheidungsgrund angeführt wird. Das Prinzip des Formularprozesses ist:

Damnari debet, qui iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat,

und wenn schon trotz der Befriedigung an diesem Satze von den Proculejanern festgehalten wurde, also die Anwendung des Satzes selbst bei erfolgter Befriedigung wenigstens zweifelhaft und bestritten war, so kann kaum bezweifelt werden, daß in Beziehung auf andere Erlöschungsgründe das Prinzip strict angewendet wurde und zwar ursprünglich bei actiones bonae fidei und in rem ebensogut als bei a. stricti iuris. Freilich folgert man gewöhnlich gerade aus der angeführten Stelle des Gajus, daß bei den bonae f. iudicia der Richter auch andere Erlöschungsgründe, als die Befriedigung des Klägers berücksichtigen dürfe, aber gewiß ohne Grund. Allerdings geht aus der Stelle hervor, daß bei den bonae f. und in rem, überhaupt wohl allen arbitrariae a., die Proculejaner so gut, als die Sabinianer eine Absolution des Beklagten zuließen, wenn der Kläger nach der L. C. befriedigt wurde, allein daraus ist durchaus noch nicht auf andere Erlöschungsgründe zu schließen, und, wie bei den actiones in rem lediglich nur die Befriedigung, d. h. das Befolgen des richterlichen Restitutionsbefehls, nicht aber, was sogleich nachgewiesen werden wird, andere Gründe des Erlöschens die Absolution zur Folge hatten, ebenso muß dieß hinsichtlich der bonae f. a. wenigstens für die erste Zeit des Formularverfahrens festgehalten werden, insbesondere darf man nicht das Gegentheil folgern aus dem Bruchstück des Gajus:

„.... idem sentiunt — in — iudiciis liberum est officium iudicis,"

weil hier Gajus selbst aus diesem Argument blos die Absolution

für den Fall der Befriedigung folgert, und es sich bei der Lückenhaftigkeit der Stelle überhaupt gar nicht entscheiden läßt, ob er gerade hier den Entscheidungsgrund der Proculejaner und Sabinianer, namentlich der früheren Zeit referirt, oder in dem „liberum est officium iudicis" nur sein eigenes Argument gibt.

Jedenfalls stellt Gajus deutlich als allgemeines, oberstes und entscheidendes Prinzip das

„damnari, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat"

hin, und die ganze Erörterung beschränkt sich darauf, ob von diesem Prinzip für den Fall der Befriedigung allgemein oder nur bei einzelnen Klagen eine Ausnahme gemacht werden soll. Dieß ist bei unbefangener Betrachtung der wahre Sinn der Stelle.

Eine merkwürdige Unterstützung für das Bisherige enthält

§. 2 Inst. de perp. et temp. act. 4, 12.

Superest ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio iudicis convenit, eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat; et hoc est quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse,

indem als allgemeines selbstständiges, entscheidendes Prinzip das von uns oben behauptete deutlich, namentlich durch die Partikel „licet", wenigstens für die frühere Zeit, berichtet wird.

Auch spricht dafür der Umstand, daß gerade, wie Proculus selbst, noch Ulpian (libro 77 ad Edictum)

l. 57 pr. Dig. de solut. et liberat. 46, 3 (s. später dieselbe)

und Paulus (libro 74 ad Ed.)

l. 84 Dig. de verb. obl. 45, 1.

Si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet; quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices,

also zwei Juristen aus dem Ende der classischen Zeit die Befriedi-

gung des Klägers aus einer stipulatio (negotium stricti juris) nach der Litiscontestation nicht als zur Absolution des Beklagten führend anerkennen. Wurde noch in dieser Zeit der Litiscontestation diese Wirkung bei stricti iuris a. beigelegt, so dürfen wir für die frühere Zeit wohl eine allgemeine Herrschaft des bei Gajus gefundenen Prinzips annehmen[a].

Speziell bestätigt wird das von uns ausgeführte durch folgende Stellen:

l. 40 pr. Dig. de H. P.
(Paulus libro 20 ad Ed.)

Illud quoque, quod in Oratione Divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba Orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet; Cassius contra sensit. In Praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.

Zunächst interessiren uns hier nur die Worte: „Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit."

Ob in diesen Worten der Sinn liegt, in Beziehung auf die actio de universitate, die hereditatis petitio, seien Proculus und Cassius dahin einig gewesen, daß der Beklagte als solcher nach

---

a) Ueber l. 84 cit. s. Savigny Bd. 5 S. 135 Bd. 6 S. 62 Note m Wächter Erörtrgn Hft 3 S. 26 Note 32 S. 40 u. 41 Puchta Curs. §. 172 Note u. Ob im Sinne Justinians zur Vermeidung von Widersprüchen diese Stelle von einer Conventionalstrafe verstanden werden müsse, die bis zur Anstellung der Klage soll vermieden werden können, wenn keine bestimmte Zeit festgesetzt ist? kann hier füglich dahin gestellt bleiben, in der Stelle selbst findet sich hiefür nicht einmal eine Andeutung.

der Litiscontestation nicht hafte (Wetzell Vind.Proz. S. 177) oder dahin, daß er hafte, mag vorerst dahingestellt bleiben. Das, worauf es hier ankömmt, ist die Controverse zwischen Proculus und Cassius in Beziehung auf die formula petitoria zur Verfolgung des Eigenthums (in specialibus petitionibus): Proculus behauptete die unbedingte Haftung des Beklagten nach der C. L. für casus, Cassius verneinte dieselbe ebenso unbedingt.

Es kann nun wohl keinem Zweifel unterliegen, daß Proculus seine Ansicht auf das:

„quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat“

gründete, und daß diese Meinung der herkömmlichen, alten Rechtsansicht entsprach, Cassius aber hier eine neue Theorie aufstellte. Letzteres könnte man deßhalb für unwahrscheinlich halten, weil Proculus ein Nachfolger Labeo's, Cassius ein Nachfolger Capito's war, dieser aber mehr an den bisher geltenden Ansichten festhielt, während jener insofern eine freiere Richtung hatte, als er die Rechtswissenschaft dem Einfluß der übrigen Wissenschaft öffnete und dadurch zu vielen neuen Ansichten über einzelne Rechtsfragen gelangen mußte. Es ist jedoch schon an sich klar, daß der Fortbestand der Schulen keineswegs auf einer steten Erneuerung jener Grundverschiedenheit in der Behandlung des Rechts beruhte, daß vielmehr die neue Behandlungsweise der Rechtswissenschaft durch Labeo, besonders nachdem sie einige Zeit bereits sich geltend gemacht hatte, auch auf die Nachfolger Capito's Einfluß übte und auch diese neue Ansichten aufstellten, die von Labeo's Nachfolgern bestritten wurden. So wird denn auch die hier zu behandelnde Controverse nicht auf Labeo und Capito, sondern nur auf Proculus und Cassius zurückgeführt, wiewohl dieß freilich kein unbedingter Beweis dafür ist, daß unter ihnen die Controverse erst entstanden sei[b].

Uebrigens haben wir glücklicher Weise ein ganz sicheres Zeug-

---

b) Vgl. die vortreffliche Darstellung des Gegensatzes der oben erwähnten Schulen bei Puchta Curs. §. 98.

niß darüber, welchen Standpunkt die beiden Schulen hinsichtlich der Wirkungen der Litiscontestation auf das materielle Recht einnahmen. Was nemlich die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung der nach der Litiscontestation zu dem Objekt des Streits hinzugekommenen Erweiterungen, namentlich Früchte, betrifft, so nahm die Entwicklung des Römischen Rechts gerade den umgekehrten Gang, als die im Vorliegenden behandelte Frage, (ganz consequent, da im alten Recht strict der Zustand zur Zeit der L. C. entschied,) besonders fand ursprünglich bei den Condictionen (stricti juris actiones) eine Verbindlichkeit zum Ersatz der Früchte nicht statt, in

l. 38 §. 7 Dig. de usur. 22, 1

aber berichtet uns Paulus:

Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiam si mora facta sit. Quod si acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate [c] fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur: quod puto recte dici.

Hiernach waren es entschieden die Sabinianer, welche in dieser Lehre das alte, hergebrachte Recht bekämpften, die Proculejaner, welche es festhielten. Dasselbe ergibt sich auch schon aus der bereits mehrfach betrachteten Stelle von Gajus

IV, 114.

So haben wir denn für das alte Recht die Gewißheit der Haftung des Beklagten bei der formula petitoria für den casus, d. h. der Condemnation trotz dem Erlöschen des Rechts nach der L. C.

Das für die formula petitoria so eben gewonnene Resultat unterstützt nun auch rückwärts das in §. 2 oben hinsichtlich der Haf-

---

c) „Ex aequitate" deutet entschieden auf eine neue von der bisher gangbaren verschiedenen Rechtsansicht, ja auf eine (bekanntlich in der Aufgabe der Römischen Juristen liegende) Fortbildung und Aenderung des bestehenden Rechts, möglicher, aber nicht nothwendiger Weise auf der Basis des jus gentium (vgl. Savigny Bd. 5 §. 249 Note c). —

tung für casus bei der legis actio sacramento gegen Wetzell Ausgeführte, um so mehr, als bei der formula petitoria das arbitrium liti aestimandae mit dem Prozeß über die Hauptsache, die Anerkennung des Eigenthums selbst, vereinigt ist.

Wir haben aber nicht nur das obige Zeugniß für die formula petitoria, sondern auch ein ganz ähnliches für die bonae fidei actiones von Pomponius in

l. 12 §. 3 Dig. depos. 16, 3.

Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere, nec reddidit.

Buchka (a. a. O. Thl. 1 S. 219) versteht diese Stelle von einem Fall der mora, so daß diese und nicht der Beginn des Rechtsstreits, die L. C. der Grund der Haftung für casus wäre, — gewiß nicht mit Recht. Ob vom Standpunkt der Justinianischen Compilation und des heutigen Römischen Rechts eine solche Erklärung geboten, beziehungsweise erlaubt sei, ist hier, wo es sich um das classische Römische Recht namentlich der älteren Zeit handelt, ganz gleichgiltig, wir haben den Ausspruch des Pomponius einzig von dem letzteren Standpunkte aus zu betrachten und von diesem aus hat Buchka sicherlich Unrecht.

Die Schlußworte der Stelle, welche B. (und zwar als einziges Argument) für seine Auslegung anführt, enthalten auch nicht die Spur der Andeutung einer mora, im Gegentheil, sie legen recht klar den objektiven Gesichtspunkt als den allein entscheidenden dar: — potuit id reddere, nec reddidit. Jeder Zweifel muß aber vollends schwinden, wenn man den Anfang der Stelle betrachtet, wo die actio depositi (die von jeher bonae fidei war, Gajus IV, 62) in Beziehung auf das Einstehen für casus den stricti juris actiones — „dari oportere" bedeutet sogar die strengste Art der Condictionen, die condictiones certi (mit intentio certa: auf certa pecunia oder res) mit Ausschluß der auf dare facere gerichteten condictio in-

certi — vollkommen gleich gestellt wird, bei diesen aber unterliegt das unbedingte Haften des Beklagten für casus nach der L.C., auch abgesehen von der mora, keinem gegründeten Bedenken. Es wird uns solches außer der l. 12 §. 3 cit. aufs Unzweideutigste in folgenden Stellen bezeugt:

l. 8 Dig. de re jud. 42, 1.
(Paulus)

Si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam, et fructuum rationem habendam placet.

l. 5 Dig. de conf. 42, 2.
(Ulpianus)

Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus iam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est[d].

Der Einwand, durch die L. C. werde immer mora begründet, gegen Obiges ist nach den Untersuchungen Wächters (Hft 3 S. 106 ff.) und Savigny's (Bd. 6 S. 81 ff.) nicht mehr zu befürchten. Es ist aber zu All dem der Ausspruch von Pomponius über die actio depositi um so mehr beweisend, als er Cassianer war (Puchta Curs. §. 99 Note q u. r), und uns

Gajus in l. 14 §. 1 Dig. depos.

unter Berufung auf Sabinus und Cassius lehrt:

Sive autem cum ipso apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum herede ejus, et sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res, et si restituta esset actori.

Sabinus und Cassius hatten die Ansicht aufgestellt, der Depositar werde durch den casuellen Untergang der deponirten Sache nach der L. C. befreit[e].

---

d) Vgl. über das Bisherige noch §. 11 unten.

e) Savigny Bd. 6 §. 273 bei Note n und §. 274 B versteht diese Stelle

Pomponius aber war doch Sabinianer, er hatte also ganz besondere Veranlassung, wenn er nicht das absolute Gegentheil von der Ansicht seiner Schule ausdrücken, sondern nur theilweise (im Fall der mora) ihr Prinzip modificiren wollte, dieß deutlich zu erklären, hätte er dieß gewollt, so hätte er, wie solches in ähnlichen Fällen von den Römischen Juristen in der Regel geschieht, ohne Zweifel im Prinzip die Ansicht seiner Schule gebilligt und ihr nur als Ausnahme den Fall der mora beigefügt, da er sich aber durchaus anders äußert, so müssen wir um so mehr annehmen, er sei der direkt entgegengesetzten Meinung gewesen.

Von größter Wichtigkeit ist die Stelle des Gajus auch insofern, als aus ihr sicher hervorgeht, daß gerade in unserer Frage die Sabinianer hier dem bestehenden alten Recht entgegen traten und von dem Standpunkte der aequitas aus eine neue Theorie begründeten. Dieß liegt in den Worten „quia aequum esset", welche einmal die kaum dargelegte Stellung der Sabinianer in unserer Frage überhaupt klar bezeichnen, dann darthun, daß bis zu Sabinus und Cassius und zwar namentlich bei der depositi, eine bonae fidei a.

---

so, „als habe Sabinus und Cassius jede Verpflichtung des Depositars zum Ersatz des zufälligen Untergangs schlechthin (d. h. wohl: auch für den Fall der mora) verneint, eine Meinung, die von Gajus blos historisch, ohne Billigung, erwähnt werde, und auch von den späteren Juristen, sowie späterhin in der Compilation verworfen worden sei. Diese verworfene ältere Meinung bekomme am Schluß der Stelle noch den Zusatz: utique" etc. Diese Auffassung unterliegt jedoch gegründetem Bedenken. Daß Sabinus und Cassius „schlechthin" die Haftung für casus verworfen haben, ist nirgends gesagt, vielmehr geht aus obiger Stelle nur so viel hervor, daß von ihnen als Regel die Absolution für den Fall des casuellen Untergangs ausgesprochen wurde, ohne daß eine ausnahmslose Geltung dieser Regel auch nur angedeutet wäre. Als Regel gilt aber jener Satz noch in dem späteren Recht und in der Compilation und in diesem Sinne wird auch die Stelle nicht als blos historisches Referat zu betrachten sein. Dürften wir, was sprachlich durchaus nicht unzulässig erscheint, den Beisatz: utique etc. nicht als Zusatz von Gajus, sondern schon als Theil der Theorie von Sabinus und Cassius betrachten, so läge darin eine direkte Widerlegung der Ansicht, S. und C. haben „schlechthin" die Haftung verneint. Zudem steht Savigny's Auslegung noch besonders entgegen, daß, so viel wir wissen, durch mora die obligatio von jeher perpetuirt wurde.

das Gegentheil galt, endlich noch speziell dafür sprechen, daß wir die Stelle des Pomponius streng wörtlich, ohne eine mora supponiren zu müssen, verstehen dürfen, eben weil nach dem aus l. 14 §. 1 cit. hervorgehenden Argument das unbedingte Haften für Casus bei der depositi a. die althergebrachte Ansicht war.

So ist denn für die actiones in rem sowohl als für die a. bonae fidei die Condemnation des Beklagten in allen Fällen, mit Ausnahme der Befriedigung des Klägers, trotz dem Erlöschen des klägerischen Rechts nach der L. C. mindestens zur höchsten Wahrscheinlichkeit erbracht.

Diese althergebrachte Regel in Verbindung mit dem auf die actiones stricti iuris wenigstens erst später angewendeten Prinzip: daß von der litis cont. an alle Accessionen, namentlich die Früchte, zu leisten seien, wurde so formulirt:

„ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas“,

und, wenigstens so weit unsere Quellenzeugnisse reichen, in der den Vorschlag zu dem sog. SCtum Juventianum bei dem Senat einführenden oratio Hadrians (nicht in dem SCtum selbst, wie Puchta S. 227 annimmt), zuerst gesetzlich (denn die oratio principis hat für sich selbst unmittelbar Gesetzeskraft) eben in jenen Worten bei der hereditatis petitio ausgedrückt.

§. 6.

Ehe wir zu der Entwicklung der unstreitig im Lauf der Zeit in Beziehung auf das in dem vorigen Paragraphen gewonnene Prinzip für die erste Zeit des Formularprozesses übergehen, haben wir noch einige von der unsrigen abweichende Ansichten zu betrachten.

Dieselben betreffen jedoch nicht sowohl das materielle Resultat unserer Untersuchung, als vielmehr die juristische Form, auf welche letzteres zurückzuführen ist.

Puchta (Curs. §. 172) führt es darauf zurück: die Voraussetzungen des durch die L. C. begründeten Anspruchs auf Condemnation (si paret N. N. A. A. dare oder dare facere oportere — si

paret rem actoris esse) wörtlich genommen, seien von der gegenwärtigen Zeit: der lis ordinata zu verstehen, so seien sie auch verstanden worden, deßhalb sei es nur darauf angekommen, ob die Intentio zu dieser Zeit begründet gewesen oder nicht, eine spätere Veränderung darin (z. B. Verlust des Eigenthums post iudicium acceptum) alterire das Urtheil nicht.

Diese Auffassung widerstreitet nun der unsrigen nicht einmal, sie wird vielmehr durch die letztere wesentlich ergänzt. Allerdings wurde gewiß im Anfang des Formularverfahrens die Voraussetzung der condemnatio wörtlich, also von der Gegenwart verstanden, allein dieser rein äußerliche Grund ist kein selbstständiger, für sich entscheidender, er ist nicht das letzte Prinzip für unsere Frage, dieses besteht vielmehr lediglich in dem Materiellen:
„damnari debere, qui iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat."

Die Voraussetzung der condemnatio wurde wörtlich verstanden und, dürfen wir hinzusetzen, in der Gegenwart formulirt, weil jener Rechtssatz galt, die Fassung und die Auffassung der Voraussetzung der condemnatio von der Gegenwart ist nicht Ursache sondern Folge.

Savigny (S. 27 ff. S. 51—53) lehrt: Das aus der L. C. entstehende, dem allgemeinen in der Natur jedes Rechtsstreits gegründeten Bedürfniß der Ausgleichung der aus der unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entstehenden nachtheiligen Folgen entsprechende obligatorische Verhältniß sei für die Klagen in rem durch eine Stipulation begründet worden — nemlich durch die stipulatio judicatum solvi bei der formula petitoria — einer blosen Fortsetzung und Entwicklung des uralten Rechtssatzes, der bei der legis actio in den praedes litis et vindiciarum, und bei dem Sponsionenprozeß in der stipulatio pro praede litis et vindiciarum geltend gemacht wurde. Für die Klagen in personam, bei welchen die Consumtion ipso jure, vermittelst einer Novation bewirkt wurde, habe der Beklagte zwar in der Regel keine Bürgen gestellt, aber für seine Person eine Stipulation geschlossen, noch gewisser sei eine Stipulation des

Beklagten in denjenigen Fällen persönlicher Klagen anzunehmen, bei welchen ausnahmsweise eine Bürgschaft judicatum solvi gefordert worden sei. Bei der großen Zahl der noch übrigen persönlichen Klagen (bei welchen die Consumtion ope exceptionis bewirkt wurde), ebenso bei den extraordinaria judicia könne keine Stipulation, sondern nur ein in der L. C. liegender Quasicontract angenommen werden.

Wollte Savigny, was zunächst die actiones in rem betrifft, nur sagen, die stipulatio judicatum solvi sei auch Eines der Mittel gewesen, durch welches die verschiedenen möglicherweise aus der Dauer des Rechtsstreits entspringenden Nachtheile beseitigt werden sollten, so wäre dagegen nichts einzuwenden, allein er reducirt offenbar alle einzelnen Rechtssätze, welche dem kaum genannten Zwecke dienen, auf die stipulatio judicatum solvi als ihr eigentliches juristisches Prinzip, und diese Ansicht können wir durchaus nicht theilen.

Die stipulatio judicatum solvi ist uns, um es von vorneherein deutlich auszudrücken, durchaus nichts als ein Mittel für die dereinstige Realisirung der Ansprüche des Klägers, durchaus kein selbstständige Ansprüche erzeugendes Rechtsinstitut, wir fassen es ganz in dem Sinne auf, wie es klar und deutlich von Puchta (Curs. §. 157) dargelegt worden ist, allerdings insofern, aber auch nur insofern dem Zweck der Beseitigung der aus der Dauer des Rechtsstreits fließenden Nachtheile dienend, als der Besitz des Objekts während der Dauer des Rechtsstreits bei dem Beklagten für den Kläger die Realisirung seines Anspruchs im Falle des Siegs unsicher macht, da ja der Beklagte dieselbe vernichten oder verschlechtern kann und ein Aequivalent in Geld hiefür wegen Vermögenslosigkeit zu bieten vielleicht nicht im Stande ist. Man denke nur an den Besitz einer großen Erbschaft oder eines großen Landguts.

Daß auch die Römer von Anfang an dieses Rechtsinstitut lediglich von diesem Gesichtspunkte aus betrachteten, ist nicht schwer zu zeigen, es ergibt sich von selbst aus einer unbefangenen Betrachtung des von

Gajus IV, 88—102

Berichteten und aus der historischen Entwicklung dieser Stipulation.

Im Legisactionenprozeß wurden praedes litis et vindiciarum deßhalb gestellt, weil der Prätor den Besitz der streitigen Sache während des Prozesses dem einen Theile einräumt, und die Verpflichtung desjenigen selbst, dem die Vindicien ertheilt werden, also die Hauptobligation, zu der sich die Verbindlichkeit der praedes als das accessorium verhält, ist unmittelbar durch das Gesetz festgestellt, so daß der Charakter der satisdatio durch praedes litis et vindiciarum als eines blosen Sicherungsmittels keinem Zweifel unterliegen kann. Daß auch die in dem Sponsionenprozeß zur Anwendung kommende stipulatio pro praede litis et vindiciarum nichts Anderes war, beweist schon ihr Name und die Bemerkung von

Gajus IV, 94:

„ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus a possessore petitori dabantur,“

sowie das enge Anschließen des Verfahrens per sponsionem überhaupt an die legis actio sacramento, von dem es im Wesentlichen durchaus und (was hier besonders wichtig ist) namentlich auch insofern nicht abwich, als auch in dem Sponsionenprozeß die Vindicien ertheilt wurden, was ja gerade als die nächste juristische Veranlassung zur satisdatio durch praedes l. v. berichtet wird [a].

---

a) Heffter System §. 489 Note 5 bemerkt: „Wenn per sponsionem in rem geklagt wurde, so fand keine Satisdation statt“, und es sprechen allerdings dafür die Schlußworte bei Gajus IV, 94: „ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit“ etc. Dennoch ist die gemeine Meinung vorzuziehen, §. 88, welcher die allgemeine und §. 89, welcher die Einleitung für beide Arten von in rem actiones enthält, beweisen deutlich, daß in all' den im Folgenden abgehandelten Fällen satisdatio stattfindet, dieß ist ja gerade der Zweck der Erörterung, zu zeigen, in welchen Fällen der Beklagte oder der Kläger satisdare cogitur. Insbesondere fordert §. 89, der, wie gesagt, ganz allgemein von der in rem actio, und, wie aus §. 91 speziell hervorgeht, sowohl von dem Verfahren per sponsionem, als per formulam petitoriam spricht, ebenso allgemein für die in rem a. satisdatio von Seiten

Sicherlich verhält es sich ebenso mit der stipulatio judicatum solvi bei der formula petitoria, sie ist wohl nichts anderes als die Anwendung der stipulatio pro praede litis vindiciarum auf die f. petitoria. Es ergibt sich solches schon aus der Art, wie Gajus

IV, §. 91

beide Stipulationen zusammenstellt, besonders aber aus

§. 89.

Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes, aequum enim visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere: ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.

Gajus spricht hier von beiden Stipulationen, der pro praede litis vindiciarum und judicatum solvi, deren Wesen er als ganz gleich und zwar dahin darstellt: Es solle durch Bürgschaft (satisdatione) Sicherheit geleistet werden (cavere), weil dem Beklagten der Besitz der Sache, von der es zweifelhaft sei, ob sie ihm gehöre, während der Dauer des Prozesses gestattet werde.

In dieser Darstellung liegt eine so absolute Gleichstellung des

---

des Beklagten. Daher sagen die Worte: „stipulatio quia in locum praedium successit", entweder: die Bürgen, die jetzt gegeben werden, heißen nicht mehr praedes l. v. oder: sie beziehen sich auf die veränderte Form der Obligirung der Bürgen durch stipulatio, während dem alten Recht diese Contractsform nicht bekannt war. Uebrigens deuten schon die Worte „appellata est" genügend an, daß es sich hauptsächlich nur um einen Unterschied des Namens und der Form handelt. Eine schlagende Widerlegung Heffter's enthält

Cicero in Verrem II lib. 1 c. 45.

Cicero führt hier ausdrücklich als das althergebrachte und bestehende Recht in dem Fall, wenn Jemand aus einem nichtigen Testament ein Erbrecht geltend machen will, Folgendes an: „Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut, pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret." Er unterscheidet deutlich Verfahren per legis actionem und per sponsionem und bezeichnet das, was bei letzterem Verfahren an die Stelle der praedes l. v. tritt, mit pro praede l. v. satis accipere (vom Standpunkte des Klägers), d. h. als satisdare (vom Standpunkte des Beklagten).

inneren Wesens dieser beiden Stipulationen mit den alten praedes litis v. als sie nur denkbar ist und eine so schlagende Anerkennung und Hervorhebung des ihnen von uns vindicirten Charakters eines Sicherungsmittels, als sie nur immer gefunden werden kann.

Nun wird uns aber sogleich der Schluß der Stelle: „ut si victus sis“ u. s. w. entgegengehalten und gesagt werden: das Wesen der Satisdation werde hier ausdrücklich darein gesetzt, daß aus ihr der Kläger eine Klage erhalte gegen den Beklagten und gegen die Bürgen (Wetzell S. 101), allein so viel Schein diese Interpretation der Schlußworte hat, richtig ist sie gewiß nicht. Das Adverbium „ut“ kann nemlich ebensowohl durch: „so daß“ als durch: „damit“ übersetzt werden und dann fällt jene ganze Interpretation zusammen. Sie ist übrigens nicht einmal in dem Falle richtig, wenn man das „ut“ durch „damit“ übersetzt. Dem Kläger stand nemlich in diesem Falle entschieden die actio judicati zu (Savigny S. 28 Note l),

l. 8 §. 3 Dig. de nov. 46, 3.
l. 38 §. 2 Dig. de sol. 46, 3.
Paulus (rec. sent.) V, 9 §. 3,

ebendeßhalb kann aber der Sinn der Schlußworte gar nicht der sein, die stipulatio jud. s. sei eingeführt, damit der Kläger eine Klage gegen den Beklagten selbst habe, dieß wäre gar nicht richtig, weil er ja schon die actio judicati hat, während ihm allerdings gegen die Bürgen eine Klage lediglich aus der Stipulation zusteht und in Beziehung auf sie ganz richtig gesagt wird, die stipulatio j. s. habe den Zweck, dem Kläger eine Klage gegen sie zu verschaffen. Diese Betrachtung führt unmittelbar zu der richtigen Interpretation: der Zweck der stipulatio j. s. ist der, dem Kläger die Wahl zu verschaffen, zwischen der Klage gegen den Beklagten und gegen die Bürgen, das „ut“ ist einzig zu beziehen auf „sit mihi potestas“ und so zu übersetzen: „damit ich die Wahl habe“. Diese Interpretation ist nicht nur durchaus zulässig, weil eine Wahl zwischen der Klage gegen den Beklagten selbst und gegen die sponsores allerdings erst durch die stipulatio j. s. möglich wird, sondern auch absolut nothwendig, und zwar einmal logisch, weil ja außer der Klage

aus der Stipulation gegen den Beklagten selbst schon die actio judicati Platz greift, dann grammatisch, weil das „ut“ gerade zu dem „sit mihi potestas“ gehört, eben die Verbindung des „sit mihi potestas“ mit dem ersten Satze durch das „ut“ vermittelt wird[b].

---

b) Die obige Darstellung der Bedeutung der cautio judicatum solvi setzt uns in Widerspruch nicht nur mit Savigny, sondern noch viel mehr mit Wetzell, dessen ganzes Buch zum Kern die Nachweisung hat, daß eigentlich die cautio judicatum solvi die Grundlage des ganzen Prozesses bei der formula petitoria gewesen sei. Natürlich kann und darf hier diese Ansicht, welche übrigens mit bewunderungswürdigem Scharfsinn combinirt und durchgeführt ist, nicht näher verfolgt werden, allein sie fällt im Wesentlichen schon dann, wenn die oben versuchte Entwicklung des von Gajus in §. 89, 91, 94 Gesagten richtig ist, und zwar um so gewisser, als die Darstellung der cautio judicatum solvi bei Gajus die einzige ist, die wir aus der Zeit der classischen Jurisprudenz besitzen. Nur Eine Bemerkung sei noch gestattet. Buchka sagt S. 234 gegen Wetzell: der entschiedenste Beweis gegen W.'s Ansicht liege darin, daß in den Quellen die aus dem Judicat hervorgehende und die auf der stipulatio judicatum solvi beruhende Verbindlichkeit als zwei verschiedene Obligationen behandelt werden, während nach W. die obligatio ex stipulatu in dem Judicat untergehen und durch dieses novirt werden müßte. Savigny S. 28 Note l gibt die Existenz der actio judicati neben der ex stipulatu zu, bestreitet aber die Richtigkeit der von Buchka daraus gezogenen Folgerung, — gewiß nicht mit Recht. Wäre nemlich, wie W. annimmt, die Grundlage der formula petitoria die stipulatio judicatum solvi, so müßte diese allerdings durchaus nothwendig durch die Litiscontestation consumirt werden und es könnte, wenn es einmal zum Urtheil gekommen ist, nur die actio judicati, nie mehr die (durch deductio in judicium ja consumirte) stipulatio geltend gemacht werden, und die Entgegnung Savigny's: vor Allem gehöre zu jeder Novation die Absicht zu noviren, ist durchaus nicht treffend, weil ja nach seiner eigenen Ausführung die bei gewissen actiones in personam mit der Litiscontestation verbundene Novation von dem Willen der Parthien gar nicht abhängt und jedenfalls, wie gesagt, die ursprüngliche Grundlage des Anspruchs, die ursprüngliche obligatio durch Litiscontestation und Urtheil consumirt wird. Wenn also neben der actio judicati noch die actio ex stipulatu als zulässig erwähnt wird, so ist dieß allerdings der schlagendste Beweis, daß die stipulatio j. s. nicht die Grundlage der formula petitoria gewesen sein kann. Gibt man freilich eben diese Theorie auf (wie denn Savigny ihr allerdings nicht zu folgen scheint) und läßt man der formula petitoria ihre selbstständige Existenz, begrenzt man namentlich das Wesen der stipulatio j. s. so, wie wir gethan, dann liegt durchaus keine Nöthigung vor, die stipulatio j. s. durch die Litiscontestation und das Urtheil als consumirt anzunehmen, dann ist ihr Bestehen neben der a. judicati ganz wohl denkbar, Buchka hat ja aber auch

Eine wesentliche Bestätigung des hier vertheidigten Wesens der cautio jud. s. liegt in Gajus IV, 88 „Videamus nunc, quibus ex causis is, cum quo agitur, vel hic, qui agit satisdare cogitur, denn hier ist deutlich das Wesen der fraglichen Stipulationen in die „satisdatio", also in die Garantie für die Realisirung des Rechts gesetzt. Dasselbe ergibt sich aus der Darlegung des Unterschieds hinsichtlich der satisdationes im früheren und im späteren Römischen Recht in

tit. Inst. de satisdationibus 4, 11.

Im principium wird nämlich hier die Bedeutung der cautio judicatum solvi auch für das alte Recht eben in die „satisdatio" gesetzt und in §. 2 der Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Recht dahin erklärt: „Sed haec hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur," während, wenn die c. j. s. die von uns bestrittene Bedeutung im früheren Recht gehabt hätte, als unterscheidend auch das bemerkt sein müßte, daß jetzt gewisse Verpflichtungen des Beklagten auf unmittelbar gesetzlicher Vorschrift beruhen, die früher lediglich durch besondere Stipulationen vermittelt worden seien. Zugleich beweisen die Worte „satisdationem pro litis aestimatione" die Richtigkeit unserer Auffassung des Wesens der cautio j. s. Uebrigens ist der Unterschied zwischen dem früheren und dem späteren Recht nicht erst durch Justinian eingeführt, so daß letzteres nur Justinianisches Recht wäre, vielmehr sanctionirt Justinian nur das schon vorgefundene Recht. Solches ist in dem Eingang des tit. Inst. cit. „Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est", klar gesagt.

Hiedurch ist wohl die Zurückführung der besonderen obligatorischen Folgen der L. C. bei den actiones in rem auf die stipulatio jud. solvi, insbesondere die Reduction unserer Frage auf dieselbe hinlänglich widerlegt, und es bedarf kaum noch der Bemerkung, daß

---

nur von W.'s Standpunkt aus und gerade zur Widerlegung W.'s jene Consequenz gezogen.

sich auch nirgends ein Ausspruch der Quellen findet, in welchem als Ursprung jener Verpflichtungen diese stipulatio angenommen wäre, wie denn Savigny selbst für seine Meinung blos auf Gajus sich bezieht.

Was die actiones in personam betrifft, bei welchen die Consumtion ipso jure, vermittelst einer Novation bewirkt wurde, so führt auch bei ihnen Savigny die fraglichen Folgen der L.C. auf eine von dem Beklagten geschlossene Stipulation zurück, allein abgesehen davon, daß auch hiefür jede Spur eines Quellenbelegs mangelt, fehlt auch jeder Beweis, daß der Beklagte überhaupt nur eine Stipulation geschlossen habe, am wenigsten aber liegt ein solcher in dem Dasein einer Novation als solcher, denn diese setzt allerdings in der Regel eine Stipulation voraus, allein die in der Litiscontestation liegende Novation ist auch sonst so anomaler Natur, daß jener Schluß, der überdieß selbst wieder jedes quellenmäßigen Anhaltspunktes entbehrt, im höchsten Grade gewagt scheint. Savigny gibt an einem andern Orte (S. 25 Note l) geraden Wegs selbst zu, „daß dieser auf Analogie gegründete Schluß nicht auf volle Gewißheit Anspruch machen könne, da es bei diesem in jedem Fall anomalen Rechtsinstitut auch wohl anders gewesen sein könnte."

Die in Frage stehenden Folgen der Litiscontestation sind aber auch nicht einmal bei denjenigen persönlichen Klagen, bei welchen ausnahmsweise eine stipulatio judicatum solvi geschlossen wurde, aus einer Stipulation des Beklagten herzuleiten. Denn, wenn man auch zugibt, es sei einer solchen Stipulation der Bürgen stets eine eigene Stipulation des Beklagten zum Grunde gelegen (bei jeder satisdatio sei eine repromissio gewesen), so folgt doch daraus noch lange nicht, daß eben jene Folgen der L.C. auf diese Stipulation als ihren juristischen Grund, als ihre Quelle, zurückzuführen seien. Man lese nur

l. 8 §. 3 Dig. de nov. 46, 2.
(Ulpian. lib. 46 ad Sabinum.)

Idem Celsus ait, iudicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari; merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut

fidejussoribus cautum **sit**, non ut ab obligatione judicati discedatur.

Diese Stelle sagt geradezu: der Sinn, der Zweck der stipulatio j. s. sei einzig der, daß durch Bürgen Sicherheit geleistet werde. Agere bedeutet nemlich ganz besonders den einer juristischen Handlung zu Grund liegenden wahren Sinn, die Absicht und kommt namentlich in dieser Bedeutung mit dem Ausdruck stipulatio verbunden vor, (z. B. l. 1 §. 4 Dig. de stip. praet. 46, 5: „Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse; **hoc enim agitur in stipulationibus**, ut quis **cautior sit**, et **securior** interposita stipulatione,“ eine Stelle, durch welche das kaum Gesagte auch materiell bestätigt wird,) und „fidejussoribus“ ist der Ablativ, wie dieß durch l. 188 Dig. de V. S. 50, 16 und l. 9 §. 3 Dig. de pignor. act. 13, 7 bestätigt wird.

Savigny's Annahme wird überdieß durch eine andere an sich ganz richtige Bemerkung, die er selbst macht, widerlegt. Er sagt, die Stipulation des Hauptschuldners, des Beklagten, sei ohne Zweifel ganz auf dasselbe gerichtet gewesen, wie die stipulatio judicatum solvi der Bürgen, welche die drei Clauseln: de re judicata, de re defendenda, de dolo malo hatte, und daraus (aus der doli clausula) schließt S. weiter, erkläre sich von selbst der Umstand, daß auch die strengen Klagen von der Litiscontestation an eine ebenso freie Natur gehabt haben, wie sie außerdem nur bei den freien Klagen vorkomme.

Nun haben aber die strengen Klagen von der Litiscontestation an nicht die Natur der freien Klagen, insofern früher auch von der Litiscontestation an keine Früchte zu prästiren waren, und noch nach dem späteren Römischen Recht selbst, wenigstens bei der certi condictio auf eine bestimmte Geldsumme, keine Prozeßzinsen bezahlt werden (Savigny S. 112 u. 146), dieß wäre aber, wenn die der Stipulation der Bürgen zu Grunde gelegte Stipulation, und namentlich die in ihr enthaltene cl. de dolo des Beklagten die von Savigny behauptete Bedeutung hätte, unmöglich, es müßte vielmehr, wenn Savigny's Auffassung der Bedeutung der stipulatio j. s. richtig

wäre, jede persönliche Klage, bei der sie vorkommt (und sie kann unzweifelhaft namentlich bei Condictionen und zwar auf certa pecunia vorkommen), von der L. C. an, wie eine actio bonae fidei beurtheilt werden, ja die formula müßte in einem solchen Falle wegen der doli clausula immer den Zusatz ex fide bona haben, so daß in keinem Falle, wo die stipulatio j. s. statt hat, irgend mehr von einem strictum judicium die Rede sein könnte[c].

Zudem wird die schon oben erwähnte neue Ansicht des Sabinus und Cassius, wornach von der L. C. an beim strictum judicium Früchte zu prästiren sind, ausdrücklich auf die aequitas als ihr Prinzip zurückgeführt (l. 38 §. 7 Dig. de usur. 22, 1), während, wenn Savigny Recht hat, nichts näher lag, als sich auf die stipulatio j. s. zu berufen.

Ueberhaupt findet sich, und dieß muß wiederholt werden, weder bei den actiones in rem, noch bei den in personam in unseren Quellen irgend eine Spur davon, daß die Verpflichtungen des Beklagten, welche der allgemeine Satz ausdrückt: der Beklagte habe

---

c) Vgl. über die Wirkungen der Beifügung der doli cl. zu der stipulatio Savigny Bd. 5 S. 495 ff. Wächter Erörtrgn Hft 2 S. 109 u. 110 Puchta Curs. d. Inst. Bd. 3 §. 273 a. E. Nach Savigny (a. a. O. S. 495 u. 500) blieb die actio aus der stipulatio, welcher die doli cl. beigefügt wurde, mag es sich von einer freiwillig oder auf Befehl des Prätor geschlossenen stipulatio handeln, nur insofern stricti juris, als sie vor einem judex nicht vor einem arbiter verhandelt wurde, in allen übrigen Beziehungen aber griffen die Grundsätze der b. f. a. Platz, d. h. der judex hatte gerade so zu urtheilen, wie er als arbiter in einer b. f. a. hätte urtheilen müssen. Nach Puchta's Bemerkung wäre insofern ein Unterschied, als in dem fraglichen Falle die Klage den Zusatz: ex fide bona in der demonstratio, nicht in der intentio erhielte, dieß wird aber widerlegt durch die lex Galliae cisalpinae c. 20
„quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione Sejo dare facere oporteret ex fide bona."
Es handelt sich hier (in c. 20 cit.) um Klagen, welche im Falle der verweigerten damni infecti repromissio und satisdatio aus einer fingirten Stipulation gegeben werden. Hiernach reducirt sich, wenn man nicht mit Savigny hinsichtlich des judex und arbiter einen Unterschied in Beziehung auf den Kreis der Personen, aus dem sie zu wählen sind, statuirt, der Unterschied zwischen der stipulatio mit doli cl. und der bonae f. a. nicht nur materiell, sondern auch formell auf Null.

dem Kläger das zu leisten, was er haben würde, wenn er schon zur Zeit der L. C. befriedigt worden wäre, mit der stipulatio j. s. in Verbindung gebracht worden seien.

Die Frage, die uns hier beschäftigt, die Frage über die Folgen des Erlöschens des klägerischen Rechts nach der L. C. kann übrigens nicht einmal dann zur stip. j. s. in eine Beziehung gebracht werden, wenn wir den Inhalt derselben mit Savigny im Wesentlichen übereinstimmend annehmen, denn es paßt gar keine der drei Clauseln, aus denen sie besteht, auf unsere Frage: die clausula de re judicata enthält das Versprechen, das späterhin erfolgende Urtheil erfüllen zu wollen, während es sich für uns ja gerade darum handelt, den Inhalt des Urtheils selbst für den Fall des Erlöschens des Rechts vor erfolgtem Urtheil kennen zu lernen, die clausula de re defendenda hatte zu ihrem Inhalt das Versprechen, dem Kläger auch dann leisten zu wollen, wenn die Vertheidigung der Sache durch den Beklagten nicht gehörig geführt würde, sie soll den Kläger gegen die durch ein Hinziehen des Prozesses eintretende Prozeßverjährung schützen, gehört also selbstverständlich nicht hieher, ebensowenig die clausula de dolo, da unsere Frage rein objektiver Natur ist und jedes, auch das nicht durch dolus, überhaupt nicht durch ein Verschulden des Beklagten, herbeigeführte Erlöschen des Rechts betrifft.

So hat es sich denn als durchaus unerweislich herausgestellt, daß die stipulatio judicatum solvi für unsere Frage irgend je maßgebend gewesen sei, und es muß dieses Resultat gewiß um so mehr befriedigen, als die im Bisherigen bekämpfte Lösung eine ganz unzureichende (in allen Fällen, wo jene cautio nicht statthatte) und überaus künstlich gewesen wäre, während ihre unmittelbare Herleitung aus dem Wesen des Prozesses selbst jeder Zeit und jedem Volk so nahe liegt, und wir, was insbesondere die Römer betrifft, ja schon aus der ältesten Zeit unmittelbar gesetzliche Bestimmungen hinsichtlich der Haftung des Beklagten für die streitige Sache selbst und die Früchte finden.

§. 7.

Ebensowenig haltbar ist die von Buchka (in §. 7) für die stricti juris judicia entwickelte Anschauungsweise: durch die L. C. werde die ursprüngliche obligatio in einen Anspruch auf Geld verwandelt, die mit der L. C. entstehende obligatio condemnari oportere werde als auf Geld gerichtet angesehen und deßhalb könne namentlich von einer Befreiung des Beklagten durch den casuellen Untergang der ursprünglich geschuldeten Sache nicht mehr die Rede sein, mit der L. C. habe er ja aufgehört, eine bestimmte Sache, überhaupt den ursprünglichen Gegenstand der obligatio zu schulden, vielmehr sei seine Schuld von da an immer lediglich eine Geldschuld.

Diese Auffassung der obligatio condemnari oportere bei den stricti juris jud. ist zwar sehr künstlich, aber sicherlich nicht römisch[a]. Sie stützt sich auf die vielbesprochene lückenhafte Stelle des Gajus IV, 114:

Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio judicis conveniat: utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cujus generis fuerit iudicium: et hoc est, quod volgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia iudicia esse absolutoria .... idem sentiunt .. in ...... iudiciis liberum est officium iudicis, tantundem ... rem actionibus putant .... etc.

Diese Stelle wird seit Keller's Ausführung[b] allgemein dahin verstanden: Wenn der Befagte nach der L C. aber vor dem Urtheil den Kläger befriedigt, so wird er absolvirt, nach der Ansicht der Sabinianer bei jeder Art von judicium, nach der Ansicht der Procu-

---

a) Ueber die Mangelhaftigkeit der Buchka'schen Erklärung der obligatio condemnari oportere überhaupt vgl. die sehr interessante Erörterung von Keller in der Hallischen Litteraturzeitung Jahrg. 1846 Nr. 189 u. 190. Die obige Frage ist daselbst nicht berührt.

b) Litiscont. und Urtheil S. 180–184 vgl. v. Vangerow Leitf. Bd. 1 §. 160 Puchta Curs. d. Inst. Bd. 2 §. 172 bei Note h Wächter Erört. Hft 3 S. 25 Note 31 Savigny System Bd. 6 S. 61.

lejaner dagegen nur bei den bonae fidei und arbitrariae actiones, nicht aber bei den stricti juris jud.

Diese Erklärung ist nun ganz gewiß richtig, nicht aber das juristische Motiv, welches der Entscheidung der Proculejaner von Buchka unterlegt wird: die Leistung des ursprünglichen Objekts der obligatio stricti juris führe deßhalb nicht zur Absolution, weil es von der L. C. an gar nicht mehr geschuldet werde, der Gegenstand der oblig. condemnari oportere vielmehr blos Geld sei. Um dieses juristische Motiv aus der Stelle deduciren zu können, wird sie schon von vorneherein viel beschränkter verstanden, als der klare Wortlaut geht; Buchka nemlich muß sie so erklären: Es frage sich, ob der Beklagte zu absolviren sei, wenn er den ursprünglichen Gegenstand des ihn verpflichtenden Rechtsverhältnisses leiste, während es doch ganz allgemein „satisfaciat actori" heißt, was in doppelter Beziehung einen viel weiteren Sinn gibt, als mit der Annahme jenes Motivs irgend verträglich ist: Einmal nemlich bezeichnet satisfacere gar nicht blos die Befriedigung durch Erfüllung der Verpflichtung, durch solutio, vielmehr, und zwar häufig sogar im Gegensatz zur solutio, jede Art der Befriedigung des Gläubigers namentlich durch novatio, und dann schließt der Ausdruck: satisfacere auch den Fall in die fragliche Entscheidung ein, wenn schon das ursprüngliche Objekt der obligatio Geld ist, auch in diesem Fall, so gut als bei jedem anderen Gegenstand, haben nach der Ausdrucksweise der Stelle die Proculejaner gleichwohl die Verurtheilung verlangt, während Buchka den Sinn des „satisfacere" nicht nur auf die Befriedigung durch solutio, sondern auch noch auf die solutio einer anderen Sache als Geld beschränken muß.

Schon der soeben vertheidigte Sinn der Stelle, der soeben geltend gemachte Kreis von Fällen, den sie umfaßt, machen es unmöglich, daß ihrer Entscheidung das von Buchka behauptete Motiv zu Grunde liegt, es würde für sie gar nicht passen, es wäre viel zu beschränkt. Uebrigens dürfen wir das wirklich entscheidende Motiv, also die positive Widerlegung Buchka's nicht weit suchen, es liegt klar und deutlich in der Stelle selbst vor: „quia judicii accipiendi

tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat," und wird eclatant bestätigt durch

§. 2. Inst. de perp. et temp. act.

wo Justinian der Ansicht der Sabianer in dieser Controverse beitritt: „licet in ea causa fuisset iudicii accipiendi tempore, ut damnari deberet" (s. darüber §. 5 oben).

Um nichts beweisender wäre eine Argumentation aus dem Wesen der Litiscontestation des classischen Römischen Rechts überhaupt in Verbindung mit dem Grundsatz, daß jede condemnatio auf Geld gehen muß, indem man so folgerte: Nach

Gajus III. 180. 181. IV. 106. 107.

geht durch die L. C. das ursprüngliche Recht unter, sei es ipso jure, sei es ope exceptionis, und der Beklagte haftet aus der L. C. Durch diese wird an die Stelle des (ipso jure oder ope exceptionis) beseitigten Anspruchs eine neue obligatio (condemnari oportere) gesetzt, da nun die Condemnation nur auf Geld gehen kann, so ist der Gegenstand jener neuen obligatio lediglich Geld. Allein, dieß wäre, wie gesagt, gleichfalls ganz unhaltbar, denn daraus, daß durch die L. C. eine neue obligatio entsteht, folgt in Beziehung auf deren Gegenstand noch gar Nichts, im Gegentheil bleibt bei der novatio überhaupt der Gegenstand sehr häufig derselbe, und ebenso wenig ist aus dem Prinzip der pecuniaria condemnatio irgend ein bündiger Schluß rückwärts auf die obligatio condemnari oportere begründet, die Quellen deuten überhaupt nirgends irgend einen Zusammenhang zwischen beiden an, insbesondere nicht die oben citirten Stellen des Gajus, sie erörtern sämmtlich im Wesentlichen nur die seit Keller sogenannte negative Function der L. C. hinsichtlich des positiven Inhalts der oblig. condemnari oportere schweigen sie gänzlich.

Ueberdieß wäre mit obiger Argumentation die allgemein angenommene Absolution für den Fall der satis factio bei bonae fidei und arbitrariae a. nicht vereinbar, denn, wenn die obligatio condemnari oportere auf Geld geht, so kann nur die Geldzahlung, keine andere Leistung, zur Absolution führen; ein Widerspruch, der auch nicht gelöst wird durch die Unterscheidung der beiden Fälle, wo

das ursprüngliche Rechtsverhältniß mit der L. C. ipso jure und wo es ope exceptionis beseitigt wird, denn erstens ist diese Unterscheidung überhaupt für die vorliegende Frage unerheblich, weil ja auch bei der letzteren Kategorie eine obligatio condemnari oportere entsteht, zweitens geräth sie mit sich selbst in Widerspruch, weil die Consumtion ipso jure überall eintritt: „si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, also auch bei bonae fidei a. — Die hier bekämpfte Ansicht scheint nun aber wesentlich unterstützt zu werden durch

l. 57 pr. Dig. de solut. 46, 3

aus Ulpiani libro 80 ad Edictum: Si quis stipulatus fuerit decem in melle, solvi quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur, sed si semel actum sit, et petita decem fuerint, amplius mel solvi non potest.

In dieser Stelle ist unzweifelhaft gesagt: Wenn sich Jemand durch stipulatio (also negotium stricti juris) Zehen in Honig hat versprechen lassen, so wird vor der Einleitung des Prozesses richtig, d. h. mit der Wirkung der Befreiung die Zahlung in Honig geleistet, nachher aber nicht mehr.

Was zunächst den Moment des Prozesses betrifft, den die l. 57 im Auge hat: „si semel actum sit, et petita decem fuerint“, so unterliegt es wohl keinem gegründeten Zweifel, darunter den Moment der Litiscontestation zu verstehen, denn in vielen Pandektenstellen wird das „petitum“ entschieden für convenire cum effectu, also für die Zeit der vollzogenen L. C. gebraucht:

l. 22 Dig. reb. cred. 12, 1

(Vgl. Wächter Erörterungen Hft. 3 S. 66 und 67. Savigny Bd. 6 §. 257 Note u).

Doch wird sich dieser scheinbare Widerspruch lösen lassen, und zwar auch ohne die Annahme einer alternativen Obligation, die Zehen entweder in Geld oder in Honig zu leisten (vgl. dagegen Wächter a. a. O. S. 117 u. 118 Note 64). Die Entscheidung Ulpians ist nämlich (im Sinne der Proculejaner) richtig, auch wenn man keine Verwandlung der obligatio stricti juris in eine obligatio

condemnari oportere auf Geld annimmt. Allerdings kann der Honig nicht mehr geleistet, d. h. der Beklagte durch Leistung des Honigs nach der L. C. nicht mehr befreit werden, — weil die Befriedigung des Gläubigers nach der L. C. überhaupt bei str. juris a. die Condemnation nicht mehr abwenden kann, nicht aber deßhalb, weil durch die L. C. eine auf Geld gerichtete obligatio geschaffen wird. Freilich wurde durch den Grundsatz, daß die Befriedigung nach der L. C. den Beklagten nichts mehr nützt, dasselbe Resultat herbeigeführt, als wäre die ursprüngliche obligatio in eine obligatio condemnari oportere auf Geld verwandelt, weil im Formularverfahren die condemnatio nur auf Geld lauten konnte, allein dieses Resultat war eben nur eine Consequenz aus diesen beiden Sätzen, daß nach der L. C. nicht mehr durch Befriedigung des Klägers Absolution erwirkt, und daß nur auf Geld verurtheilt werden konnte.

So konnte also ganz wohl gesagt werden, der Beklagte könne (mit Wirksamkeit) nach der L. C. nicht mehr den Honig leisten, ja es hätte noch beigefügt werden können, nach der L. C. sei nur eine solutio in Geld denkbar, ohne daß für die bisher bekämpfte Ansicht das Mindeste daraus zu folgern wäre[c]. —

§. 8.

Oben ist gesagt worden, es habe die Regel: daß lediglich die Existenz des klägerischen Rechts zur Zeit der L. C. für die Freisprechung oder Verurtheilung maßgebend sei, im Laufe der Zeit bedeutende Modificationen erlitten. Im Folgenden soll deren Ent-

c) Sintenis das pract. gem. Civilr. Bd. 2 §. 93 Note 16 findet nach Schilling's Vorgang in l. 57 pr. gesagt, der Schuldner, dem ein Wahlrecht in der Art zustand, daß er die Freiheit hatte, eine Summe Gelds in fungibeln Sachen nach deren Marktpreis zu leisten, verliere dasselbe durch die Anstellung der Klage von Seiten des Gläubigers. Allein einmal ist der von S. vorausgesetzte Fall in der Stelle nicht ausgedrückt, und dann ist der vorausgesetzte Fall eben einfach ein Fall der alternativen Obligation; 10 in Geld oder in Honig, und ein innerer juristischer Grund durchaus nicht abzusehen, warum man nicht ganz dasselbe auch bei anderen alternativen Obligationen, die nicht auf Fungibilien gehen, annehmen sollte? Verwirft Sintenis, wie er thut, Letzteres, so fällt seine Erklärung der l. 57 pr. eben weil ihr dann das juristische Motiv fehlt. — Wie l. 57 pr. cit. ist auch l. 84 de V. O. zu erklären, Savigny Bd. 6 S. 62 N. m.

wicklung versucht werden. Zunächst ist jedoch noch eine prinzipiell abweichende Meinung zu betrachten und dieß um so genauer, als sie von einem Civilisten aufgestellt worden ist, von dem kein Wort übersehen werden darf.

Wächter charakterisirt die bonae fidei actiones, worunter er hier wohl alle sogenannten freien Klagen versteht, (Erörterungen Heft 2, S. 47) dahin:

Der Richter habe den Inhalt des bestehenden positiven Rechts auf das in Frage stehende Rechtsverhältniß anzuwenden mit besonderer Erwägung und Berücksichtigung aller concreten Beziehungen des Falls, der gegenseitigen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Parteien und aller rechtlich möglichen Einwendungen, wenn sie auch nicht schon in jure besonders vorgebracht waren, sondern erst in judicio vorgebracht wurden. Ueberhaupt habe er hier nicht blos auf den Standpunkt der Sache, wie er zur Zeit der Litiscontestation gewesen, zu sehen, sondern auch alle Veränderungen zu beachten, die sich bis zur Fällung seines Urtheils zugetragen haben.

S. 56 Nr. 9 wird hievon wörtlich die Anwendung gemacht: der Juder habe Ereignisse, welche auf den Bestand des Rechts des Klägers von Einfluß sind, wenn sie erst nach der Litiscontestation eingetreten, bei stricti juris judiciis nicht zu beachten, wohl aber bei bonae fidei j. Dieses wird in Heft 3 S. 124 a. E. und 125, wo unsere Frage ausdrücklich behandelt ist, einfach wiederholt. In Note 5 von Heft 2, S. 46 rügt es Wächter, daß dieser Unterschied gewöhnlich nicht gehörig heraus gehoben werde, mit Recht, wenn er existirt, allein — er existirt nicht.

Wächter hat seine Ansicht nicht näher begründet, wir wollen aber die möglichen Gründe für dieselbe dennoch prüfen.

Daß sie auf Gajus IV, 114 nicht gestützt werden kann, ist bereits in §. 5 a. A. oben genügend gezeigt worden. Es ist daher nur noch die Folgerung jenes Satzes aus dem Wesen der bona fides im Allgemeinen denkbar: durch die Anweisung, nur dann zu verurtheilen, wenn es der bona fides gemäß ist, ist der Juder berechtigt und verpflichtet, jedes Ereigniß zu beachten, welches auf den

4 *

Bestand des klägerischen Rechts von Einfluß ist, auch wenn es erst nach der L. C. eintritt, denn es ist dieß der bona fides gemäß. Allein gerade das Letztere wäre zu beweisen. Der Begriff der bona fides ist nämlich ein durchaus positiver, das, was vermöge desselben den Partien und dem Juder zusteht, ist gesetzlich (Gesetz hier im weiteren Sinne genommen) bestimmt, es wäre daher eben die gesetzliche Anerkennung jenes Satzes speziell zu erweisen. Die Grundlage dieser unserer Argumentation gegen die Ableitung des fraglichen Unterschieds zwischen bonae f. und stricti j. a. ist auch von Wächter selbst anerkannt, sofern er (Heft 2, S. 47) sagt: „Er (der Juder) wurde angewiesen, über die nach dem Civilrecht bestehende Verpflichtung des Beklagten ex fide bona zu entscheiden. Allerdings hieß dieß nicht so viel, als ob er blos nach seinem individuellen Billigkeitsgefühl und seiner subjektiven Ansicht von Recht und Gerechtigkeit zu entscheiden gehabt hätte. Denn auch bei dem bonae fidei a. war der Richter an das bestehende positive Recht gewiesen und gebunden," und ganz treffend das von dem officium judicis handelnde pr. Inst. de off. jud. 4, 17 citirt: „inprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus aut moribus proditum est." Am schlagendsten erhellt aber die Richtigkeit unseres Arguments aus der zweifellosen Thatsache, daß der Begriff der bona fides nur erst allmälig und im Einzelnen sich erweitert hat[a].

Die exceptio doli wird schwerlich Jemand hieher ziehen wollen, es wäre auch von vorne herein ganz verfehlt. Vor Allem schon deßhalb, weil, obwohl es bonae f. a. schon im ältesten Römischen Prozeß gab, doch die Berücksichtigung des dolus überhaupt noch lange eine sehr beschränkte war und die exceptio doli insbesondere nur langsam eine umfassendere Bedeutung gewann, sie kann also nicht maßgebend sein für einen Rechtssatz, der in dem Wesen der bonae f. a. als solcher begründet sein soll. Aber auch in ihrer

---

a) Sintenis Civilr. Bd. 1 §. 32 Note 18 vgl. mit Note 14 und §. 29 Note 44. Daselbst finden sich auch die Quellenbelege. Vgl. Wächter a. a. O. Note 56.

spätesten, umfassendsten Bedeutung gehört die doli e. nicht hieher. Denn, was ihre materielle Bedeutung betrifft, so gilt ganz das so eben hinsichtlich des Wesens der bona fides Bemerkte, sie ist eben die Einwendung, die Verurtheilung würde der bona fides widersprechen, sie ist ein durchaus positiver Begriff, auch in ihrer weitesten Bedeutung begreift sie lediglich eine gewisse Anzahl gesetzlich als solche anerkannter einzelner Exceptionen, es wäre also auch hier vor Allem speziell zu erweisen, daß das positive Recht gerade aus den Ereignissen, die nach der L. C. eintreten und das Recht des Klägers afficiren, eine exceptio doli gibt. Was sodann die prozessualische Bedeutung der exc. doli angeht, so ist sie bekanntlich die, daß bei bonae f. a. die doli exc. vom Judex auch dann berücksichtigt werden muß, wenn sie nicht in die formula aufgenommen worden ist. Diese Bedeutung der e. d. ist nun für die vorliegende Frage durchaus unerheblich, handelt es sich ja doch hauptsächlich um solche nach der L. C. eintretende Momente, welche das klägerische Recht ipso jure aufheben, Momente, die auch bei den stricti juris a. der Judex ebenso zu berücksichtigen hatte, wie bei den bonae f. j. auch wenn sie erst in iudicio vorgebracht wurden, und wird ja doch gleichwohl hinsichtlich der stricti j. a. allgemein anerkannt, daß kein nach der L. C. eintretendes Ereigniß vom Judex berücksichtigt werden durfte. Zudem weist schon das ganze Prinzip der doli e. in ihrer prozessualischen Bedeutung — Berücksichtigung der Exceptionen, welche an sich nach jus strictum in die Formel hätten aufgenommen werden sollen — unwiderleglich darauf hin, daß mit der d. e. für unsere Frage nichts anzufangen ist, sollte die Exception streng genommen in der formula stehen, so mußte sie auch schon zur Zeit der Conception der formula, d. h. zur Zeit der Litiscontestation vorhanden gewesen sein, die Anwendbarkeit der doli e. setzt vor Allem eine zur Zeit der L. C. schon vorhandene exc. voraus [b]!

---

b) Ueber doli exc. vgl. Savigny B. 5 S. 467 Note a. Puchta Curs. §. 170. Wächter Hft. 2 S. 50 Note 9 u. 10. Sintenis §. 32 Note 18 u. 20. Durch Aufhebung des Formularverfahrens ist ja auch die ganze prozessualische Bedeutung der doli e. weggefallen. S. noch Keller der R. Civilproz. §. 35. S. 144 fgg.

Erinnert man sich überdieß noch an unsere Nachweisungen, wie das fragliche Prinzip im alten Römischen Prozeß allgemein galt und an die speziellen Quellenbelege, welche dafür beigebracht wurden, daß es namentlich auch bei den bonae f. und den arbitrariae a. zur Anwendung kam, so möchte der prinzipielle Unterschied zwischen bonae f. und stricti j. a. hinlänglich widerlegt sein. Damit ist begreiflicher Weise nicht in Abrede gezogen, daß nicht bei den bonae f. a. mehr als bei den stricti j. j. das alte Prinzip nach und nach modificirt, ja vielleicht ganz aufgehoben wurde, die Bildung dieses Unterschieds im Laufe der Zeit ist vielmehr ausdrücklich anzuerkennen und wird sich im Folgenden besonders bestätigen, nur soviel wollte mit Obigem bestritten werden, als liege jener Unterschied prinzipiell in dem Wesen beider Klagarten als solcher. Jene allmälige Modification bei den bonae f. a. während bei dem stricti j. j. im Wesentlichen das alte Prinzip fest gehalten wurde, hat auch durchaus nichts Auffallendes, im Gegentheil ist es eine Erscheinung, die sich im Römischen Recht sehr häufig wiederholt und aus dem allmälig reformirenden Charakter der Römischen Rechtsentwicklung, namentlich dem allmäligen Eindringen der aequitas, des jus gentium zu erklären ist, das seine Stätte hauptsächlich in den freien Klagen fand.

Noch ist eines anderen möglichen Irrthums zu gedenken, der Hereinziehung der über den Zeitpunkt der Schätzung, wo eine solche nöthig wird, geltenden Regeln und des sich hierauf beziehenden Theils der Formel in unsere Frage. Bekanntlich entscheidet bei den stricti j. j. der Moment der Litiscontestation; bei den bonae f., den arbitrariae und den in factum a. der Moment des Urtheils hinsichtlich der Schätzung, und es wird dieß in der condemnatio, dem Ort der Formel, an welchem der Prätor die nöthige Anweisung für die näheren Modalitäten der Verurtheilung gibt, der gewöhnlichen Ansicht nach ausgedrückt durch die Formeln: quanti res fuit, quanti res est, quanti res erit[c]. Bei den Klagen, wo die letztere For-

c) Vgl. Savigny Bd. 6 §. 275, hinsichtlich der bonae f. a. f. l. 3 §. 2

mel gebraucht wird, möchte man nun vielleicht sagen, müsse der Beklagte, wenn des Klägers Recht erloschen sei, deßhalb absolvirt werden, weil dieses dann keinen Werth mehr habe. Die Unrichtigkeit dieser Folgerung zu zeigen ist aber nicht schwer.

Die Anweisung zur Schätzung in der condemnatio bezieht sich lediglich auf den Gegenstand des vom Kläger geltend gemachten Rechts, durchaus nicht auf dieses Recht selbst, diese beiden, das Recht selbst und sein Gegenstand sind aber durchaus nicht identisch, jenes kann erlöschen, ohne daß die Existenz dieses im mindesten berührt wird. Z. B. die Sache, an der ich das Eigenthum habe, wird usucapirt, ebenso kann der Gegenstand des Rechts untergehen, ohne daß dadurch das Recht des Berechtigten irgend alterirt wird, z. B. der debitor morosus haftet von der mora an unbedingt für den Gegenstand seiner Verpflichtung. Es ist daher schon von dem kaum genommenen Gesichtspunkte aus klar, daß die Anweisung, die Sache zu schätzen, ohne alle Beziehung auf unsere Frage ist.

Uebrigens folgt nicht einmal für den Fall, daß der ursprüngliche Gegenstand des Rechts untergeht, eine Absolution aus den fraglichen Worten der condemnatio, denn res bedeutet hier überhaupt gar nicht so viel als: der sichtbare Gegenstand, sondern so viel als: Angelegenheit, somit noch viel weniger so viel als: der ursprüngliche Gegenstand [d].

Dasselbe Resultat, als die bisherigen Betrachtungen dieses Gegenstandes, ergibt auch die Erwägung, daß die Beantwortung der Frage: Quanti ea res est, die Verurtheilung des Beklagten zu ihrer nothwendigen Voraussetzung hat, erst practisch wird, wenn bereits fest steht, der Beklagte sei zu verurtheilen.

Ueberhaupt sind die Bedingungen der Condemnation und Absolution lediglich in der intentio gegeben, einzig von dem Resultat

---

Dig. commod. 13. 6, hinsichtlich der arbitrariae a. Gajus IV, 51, hinsichtlich der a. in factum Gajus IV, 47.

d) Vgl. Savigny Bd. 5 Beil. XII. Nr. I. Puchta Pand. §. 224. Z. 1, bes. Note b. Vorlesgn. II. S. 13.

der richterlichen Untersuchung in Beziehung auf das in der intentio Enthaltene hängt die Verurtheilung oder Freisprechung ab, wie die nächste beste Formel lehrt: Si paret NN. AA. fundum Tusculanum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex NN. AA. condemna si non paret absolve. — Si paret hominem AA. ex jure Quiritium esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam NN. AA. condemna: si non paret, absolvito. Daher kann aus der in der condemnatio gegebenen Anweisung ein Grund zur Freisprechung nicht mehr hergenommen werden. Hievon gibt es jedoch eine Ausnahme: Wenn bei den freien Klagen mit der condemnatio: Quanti ea res erit, die res, d. h. die ganze Angelegenheit (nicht der materielle Gegenstand des Rechtsstreits) für den Kläger keinen Werth, kein Interesse mehr hat, dann muß der Beklagte freigesprochen werden, d. h. er wird verurtheilt in id, quanti ea res est (tempore rei judicatae) d. h. in 0.

Daß aber nicht überall, wo das Recht erlischt, auch das Interesse, d. h. der Vermögenswerth, wegfällt, dafür bedarf es keines Wortes, so daß also auch von diesem Gesichtspunkte aus unsere Ausführung nicht im mindesten alterirt wird.

Uebrigens ist es, und das mag hier noch zum Schlusse bemerkt werden, nicht über allen Zweifel erhaben, ob von jeher auch bei den freien Klagen die aestimatio rei nach der Zeit des Urtheils geschah, ob (auch wenn dieß der Fall war), der Ausdruck: quanti ea res erit gerade diese Anweisung, nach der Zeit des Urtheils zu schätzen, bezeichnet habe, und ob er nicht vielleicht sogar bei den stricta judicia gebraucht wurde, lediglich um zu sagen: der Beklagte soll in das verurtheilt werden, was die Schätzung ergeben wird — das Futurum: „erit" einzig auf den auch beim strictum judicium in der Zukunft liegenden Act der Schätzung an sich, ganz abgesehen von den den Maßstab für dieselbe gebenden Momenten, und so auch von dem Zeitpunkt, nach welchem der Werth zu bemessen, sich bezieht?

Wenigstens haben wir keine Formel, die quanti ea res est lautet und die lex Aquilia sagt in ihrem dritten Kapitel:

l. 27 §. 5 Dig. ad leg. Aqu. 9, 2.

„Ceterarum rerum .... quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto“
und doch ist hier unzweifelhaft der Werth der Sache in den letzten, verflossenen 30 Tagen gemeint.

Allerdings will Savigny gegen die Vulgata und die Florentina mit Haloander „Fuit“ statt „Erit“ lesen, weil Ulpian in seinem Commentar zu dieser Gesetzesstelle (l. 29 §. 7 eod. ebenso wie die l. 27, aus Ulpianus lib. XVIII. ad edictum), sagt: „haec verba quanti in triginta diebus proximis fuit, et si non habent plurimi, sic tamen esse accipienda constat (System Bd. 6 §. 275 Note i). Diese Emendation unterliegt aber gleichwohl erheblichen Zweifeln.

Wenn die Römischen Juristen eine Gesetzesstelle, die sie im Folgenden commentiren wollen, am Anfang schon streng wörtlich angeführt haben, so citiren sie dieselbe, wo sie im Verlauf der Commentation den Inhalt des Gesetzes wieder an einem einzelnen Orte anführen wollen, durchaus nicht immer wortgetreu, vielmehr sehr häufig nur dem Sinne nach, so auch hier, wo das: erit unzweifelhaft den Sinn von fuit hat, ferner ist, wie ein vergleichender Blick zeigt das Citat: „quanti in triginta diebus proximis fuit“ abgesehen von dem „fuit“ auch in den übrigen Worten kein streng wörtliches, endlich kam es in l. 29 §. 7 gar nicht auf das erit oder fuit an, sondern lediglich darauf, ob „plurimi“ zu subintelligiren sei oder nicht. Daher ist wohl mit Recht wieder in der Kriegel'schen Ausgabe das erit den Handschriften gemäß beibehalten.

Doch müssen diese Fragen hier auf sich beruhen bleiben, um so mehr, als nach dem oben Ausgeführten ihre Entscheidung auch in dem dem hier angedeuteten entgegengesetzten Sinne auf die Frage, welche den Gegenstand dieser Abhandlung bildet, ohne Einfluß ist.

Nun zu den einzelnen Modificationen.

§. 9.

I. Actiones in rem.

Durch den Untergang der Sache erlischt bekanntlich das Eigenthumsrecht an derselben. Tritt nun dieser Fall nach der L. C. bei

einer actio in rem ein, so mußte, wie wir gesehen haben, der Beklagte unbedingt für diesen Untergang der Sache haften, d. h. er wurde, weil er zur Zeit der L. C. in dem Falle war, verurtheilt zu werden, nun auch ohne alle Rücksicht auf jenes nachher eingetretene Erlöschen des Rechts verurtheilt. An dieser Ansicht hielt auch, wie uns Paulus in

l. 40 pr. Dig. de hered. petit. 5, 3

berichtet, Proculus in Beziehung auf die rei vindicatio fest, Cassius dagegen hatte die entgegengesetzte Ansicht, so daß er den Beklagten durch den Untergang der Sache absolut und unbedingt befreit werden ließ (natürlich, wo nicht gerade der Untergang der Sache selbst durch dolus oder culpa des possessor herbeigeführt worden war). Dieser Ansicht des Cassius folgten nach dem Bericht Ulpians in

l. 15 §. 3 Dig. de rei vind. 6, 1

die meisten späteren Juristen:

Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt, worauf auch (Paulus)

l. 11 Dig. jud. solvi 46, 7

deutet:

Si servus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit, deinde possessor litem deseruerit, quidam fidejussores ejus pro lite datos non teneri putant, quia mortuo homine nulla iam res sit; quod falsum est, quoniam expedit, de evictione actionis conservandae causa, item fructuum nomine rem iudicari.

Paulus führt in l. 40 pr. cit. diese widersprechenden Ansichten auf die Unterscheidung zwischen redlichem und unredlichem Besitzer zurück, dieser müsse allerdings trotz dem (casuellen) Untergang des Objekts verurtheilt werden, jener aber sei in diesem Falle freizusprechen:

... Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba oratio-

nis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat: in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. Diesen Unterschied zwischen bonae und malae f. p. hat offenbar Paulus im Auge in

l. 16 pr. Dig. de rei vind.

Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus, et partus, et stipulationem de evictione; non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.

Eine andere Modification fügt Ulpian in

l. 15 §. 3 cit. (de rei vind.)

der Ansicht derjenigen bei, welche behaupten, der Beklagte habe den Werth des ohne dolus oder culpa von seiner Seite nach der L. C. untergegangenen Objekts der Vindication nicht zu ersetzen, indem er unmittelbar nach den oben angeführten Worten so fortfährt:

Sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus,

d. h. wenn der Untergang erfolge, nachdem schon der Index das Recht des Klägers vorläufig anerkannt und die Restitution der Sache selbst befohlen hatte (dieß geschah bekanntlich vor dem eigentlichen Endurtheil) so sei der Beklagte allerdings zum Ersatz verpflichtet, denn nun liege in der verzögerten Restitution eine wahre mora, die mora aber verpflichtet den debitor stets zur Haftung für casus [a]. Von einem Widerspruch zwischen Ulpian und Paulus ist natürlich keine Rede. Ulpian hat in der letzten Stelle offenbar einen bonae fidei possessor im Auge und die Ansichten beider ergänzen sich gegenseitig und geben folgendes Resultat für das Ende der klassischen Jurisprudenz:

---

a) Vgl. über diese Stelle Wetzell S. 179—181 Savigny S. 177—179.

Durch den casuellen Untergang des Objekts nach der L. C. wird der Beklagte befreit, außer wenn er malae fidei possessor ist, er haftet von der L. C. an auch für den casus, ebenso der bonae fidei p. von dem Augenblick an, wo das von dem judex erlassene arbitrium de restituendo in Wirksamkeit tritt.

Was die hereditatis petitio betrifft, so versteht Wetzell die l. 40 pr. H. P. so, als sage sie stillschweigend, auch Proculus habe (in Uebereinstimmung mit Cassius) den durch den Besitzer nicht verschuldeten Untergang bei Erbschaften ganz ohne Anschlag gelassen, „ohne Zweifel deßhalb, weil man diese als Ganze betrachtet habe, welche ihrer Natur zufolge sich mehren und mindern können“ (S. 177), so daß wir also gerade für das ältere Recht bei der hereditatis p. eine Ausnahme von der zu jener Zeit geltenden Regel annehmen müßten.

Eine nähere Prüfung wird diese Ansicht nicht aushalten.

Zunächst ist aus l. 40 pr. durchaus nicht zu entnehmen, Proculus sei der Ansicht gewesen, daß bei der H. P. der Beklagte für den casuellen Untergang der Erbschaftssachen nicht zu haften habe. Es müßte das in den Worten: „et hoc iustum esse in specialibus actionibus Proculo placet; Cassius contra sensit“, liegen, es müßte aus diesen Worten a contrario folgen, „in universalibus actionibus Proculo non placet“, allein schon an sich der Wortlaut, abgesehen noch von allen anderen wichtigen Momenten, berechtigt nicht zu einem solchen argum. a contrario, er ist viel zu wenig bestimmt. Dann kann man das „et“ ebenso gut und ohne allen Zwang statt mit „und“ mit „auch“ übersetzen, — und man hat das Gegentheil! Für dieses Gegentheil spricht denn auch entschieden der übrige Inhalt der Stelle. Aus dem Anfang der Stelle ersehen wir, daß in der oratio Divi Hadriani u. A. gesagt war: „ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas“ und daß dieß (sei es von dem Gesetzgeber selbst, sei es von den Römischen Juristen) so verstanden wurde, als folge daraus eben die Haftung des Beklagten von der L. C. an für casus, „interdum durum est“, und: „Quid enim si

post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba Orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea“ [b]. Wie kann man nun annehmen, Paulus (aus dessen lib. XX. ad Ed. die l. 40 genommen ist), springe, nachdem er so eben als die früher allgemein geltende Ansicht das Haften des Beklagten von der L. C. an für casus berichtet hat, ohne alle Vermittlung zu der Aeußerung über „et hoc iustum esse in specialibus actionibus Proculo placuit,“ wenn er damit hätte sagen wollen, Proculus habe diese Haftung für casus wohl bei der rei vind. nicht aber bei der hered. pet. angenommen, er sei also in Beziehung auf die Letztere mit der kaum als die früher allgemein herrschende berichteten Ansicht im Widerspruch gewesen? Dieß ist geradezu unmöglich und die Stelle vielmehr einfach so zu verstehen: Man nahm früher übereinstimmend bei der hered. pet. die Haftung für casus an, Proculus dasselbe sogar auch bei der rei vindicatio. Allerdings führt Paulus jene allgemeine Ansicht zunächst nur auf die oratio D. Hadriani zurück, und diese kann für Proculus, der unter Nero lebte, natürlich nicht maßgebend gewesen sein, allein wir müssen dennoch die Stelle so verstehen, als sage sie oder setze sie voraus, daß Proculus derselben Ansicht gewesen, denn immer hätte seine Ansicht, wäre sie abweichend gewesen, als solche erwähnt werden müssen [c], zudem stellte die orati D. Hadriani gerade mit dem „ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas“ und mit der Consequenz daraus hinsichtlich der Verurtheilung trotz dem casuellen Untergange ohne Zweifel gar keine neuen Sätze auf, sondern sprach nur das bisher und schon lange geltende Recht aus,

---

b) So versteht diesen Theil der Stelle auch Savigny Bd. 6 S. 179 B u. S. 180.

c) Ja eine blos wörtliche Interpretation führt, wie Savigny a. a. O. Note y bemerkt, zu der Auffassung, als sage Paulus selbst (noch als geltendes Recht für seine Zeit), bei Erbrechtsklagen müsse die (obgleich harte) Vorschrift der oratio D. Haebriani auch für den redlichen Besitzer gelten.

wie dieß auch hinsichtlich anderer Bestimmungen das s. g. SC. Juventianum sehr häufig thut.

Zudem spricht noch ein selbstständiger, von dem Bericht des Paulus ganz unabhängiger Grund dafür, daß Proculus, überhaupt die Juristen seiner Zeit, bei der h. p. allgemein nach der L. C. die Haftung für casus annahmen, — die Erbschaftsprozesse wurden ja ausschließlich vor dem Centumviralgericht verhandelt und bei diesem Gericht mußte mit legis actio verfahren werden, bei den legis a. aber galt nach dem bereits Ausgeführten strict der Grundsatz der Verurtheilung, wenn das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. begründet war.

Ueberdieß ist das juristische Motiv, welches Wetzell der angeblichen Meinung des Proculus unterlegt, ganz unrichtig.

Wenn nämlich die Römer auch die Erbschaft als eine universitas in dem Sinne betrachteten, daß sie trotz ihrer quantitativ und qualitativ verschiedenen Bestandtheile juristisch als ein Ganzes, als eine Einheit erscheint, so folgt daraus noch nicht das Allermindeste für die Frage, ob der Beklagte nach der L. C. auch in Beziehung auf die casuell untergegangenen Objekte zu verurtheilen sei oder nicht? Denn der Begriff der universitas ist überhaupt durchaus kein allgemeiner, abstrakter in dem Sinne, daß überall, wo er sich findet, auch gewisse besondere juristische Eigenthümlichkeiten gelten, und insbesondere folgt daraus, daß allerdings bei jeder universitas das Einzelne im Ganzen aufgeht und dieses trotz allem Wechsel dasselbe bleibt, an sich juristisch noch gar Nichts, vielmehr ist umgekehrt erst für jede concrete Frage zu untersuchen, ob in Beziehung auf dieselbe das Ganze als solches, oder die einzelnen Theile für sich in Betracht kommen? Das Argument Wetzell's ist also eine petitio principii. Es ist auf die alte, längst widerlegte und aufgegebene Theorie von den sogenannten universitates facti und juris basirt[d].

---

d) Gegen diese Theorie vgl. Hasse civ. Arch. Bd. 5 S. 1 ff. Mühlenbruch das. Bd. 17 S. 321 ff. v. Vangerow Leitf. f. Pand. §. 71. Kierulff Theorie des gem. Civilr. Bd. 1 S. 320 ff. Mühlenbruch Pand. §. 223. Savigny System Bd. 1 S. 378, 384 Bd. 3 S. 14 fgg. Puchta Pand. §. 35

Das Resultat ist hiernach: Vor dem s. g. SCtum Juventianum galt bei der controversia de hereditate allgemein die Verurtheilung des Beklagten trotz dem casuellen Untergang der Objekte der Masse nach der L. C., insbesondere ergibt die oben versuchte Erklärung der l. 40 pr., daß auch Cassius dieser Ansicht und nur hinsichtlich der formula petitoria, d. h. bei der rei vind. zwischen ihm und Proculus Streit war.

Denselben Grundsatz stellte die Oratio D. Hadriani auf, richtiger sie hielt ihn fest, und an sie anschließend, lehrten ihn die Juristen jener und der späteren Zeit, ohne daß aus diesem Anschließen der gleichzeitigen und späteren Juristen an das SCtum irgend gefol-

---

u. Vorlesgn. dazu Bd. 1 S. 73. Cursus der Inst. Bd. 2 §. 222. Sintenis das pract. gem. Civilr. Bd. 1 §. 41 Note 60. Wächter Hbdch. des Würtemb. Privatr. Bd. 2 §. 39 u. Erörtrgn. Hft. 1. Erste Erörtrg. Arndts Pand. §. 48. Hiernach kann die Frage: ob die hereditatis petitio zu ihrem unmittelbaren Gegenstand das Erbrecht oder die Erbschaft, d. h. die hereditas im s.g. subjektiven oder objektiven Sinne habe? auf sich beruhen, da nach dem oben Ausgeführten, auch im letzteren Fall, d. h. wenn der unmittelbare Gegenstand der h. p. auch der Nachlaß als universitas ist, dieß lediglich nichts für oder gegen die Haftung für casus beweist. Uebrigens ist dieser Charakter der controversia de hereditate nicht einmal für das ältere Recht bewiesen, wiewohl dieß allgemein zugegeben wird. Allerdings berichtet uns Gajus IV. 17, auf den man sich hiefür beruft „similiter si de fundo, vel de aedibus, sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio", allein damit, daß hiernach bei der legis actio sacramento in Beziehung auf die controversia de hereditate dasselbe Verfahren statt hatte, wie bei der controversia über eine einzelne Sache oder eine universitas von körperlichen Sachen, und daß namentlich eine körperliche Sache aus der Erbschaftsmasse vor Gericht gebracht wurde, folgt Jenes durchaus nicht mit Nothwendigkeit, denn der practische Zweck ist ja in der Regel die Herausgabe der Erbschaftsmasse, eine etwa in Obigem liegende Berücksichtigung desselben schließt aber die hier vertheidigte Auffassung der h. p. nicht aus, und die Darstellung der Sache oder eines Theils desselben war schon deßhalb absolut nothwendig, weil der Prätor den interimistischen Besitz derselben im Anfang des Prozesses ertheilte „vindicias dicebat secundum alterum eorum, id est, interim aliquem possessorem constituebat"; überdieß ist das Erbrecht ja stets die Voraussetzung des Ausspruchs auf die Erbschaft. Wie dem aber auch sei, so sollte man doch seit der Ausführung von Arndts Beiträge Nr. I. wenigstens für das spätere Recht billig keinen Zweifel mehr erwarten.

gert werden könnte, es habe jener Grundsatz früher nicht gegolten. Wie überhaupt hinsichtlich der Theorie der h. p. so nehmen auch in Beziehung auf unsere Frage bei derselben die Juristen das SC. zum Anhaltspunkt ihrer Ausführungen, weil es ohne Zweifel das ausführlichste Gesetz über den Gegenstand war und auch das bisher geltende Recht in sich aufgenommen hatte. So galt denn das alte Prinzip noch lange bei der h. p., als bei der rei vind. die Ansicht des Cassius schon vielfach verbreitet gewesen sein mag, unbestritten. Am Ende der classischen Jurisprudenz wurde die Verurtheilung trotz dem casuellen Untergang nach der L. C., wie bei der rei vind. auf den malae fidei possessor beschränkt. Dieß berichtet uns eben Paulus in l. 40 pr. auch als seine Ansicht. Ausdrücklich führt er zwar nur den Streit zwischen Proculus und Cassius auf den Unterschied zwischen bonae und malae fidei possessor zurück, d. h. nur den Streit bei der rei vind. (Cassius hatte also auch den malae f. p. durch den casus nach der L. C. absolvirt werden lassen.) Allein der Schlußsatz der l. 40 pr., der für die h. p. ebenso paßt wie für die rei v., beweist, daß Paulus für die h. p. ebenso entschied, darauf weist auch entschieden das „interdum durum est“ hin.

Die Frage: ob die Haftung des malae f. p. bei der h. p. für casus schon vor Einleitung des Prozesses, schon mit dem Beginn der mala f. eintrete, wie Arndts (im Rechtsler. Bd. 5 Art. hered. petitio Note 100) mit Berufung auf l. 20 §. 21 im Zusammenhang mit l. 20 §. 17 Dig. H. P. behauptet, zu untersuchen, ist hier nicht der Ort, allerdings sprechen jene Stellen dafür.

Zu bemerken ist hier noch besonders, daß Paulus, was die juristische Begründung seiner Unterscheidung zwischen bonae und malae f. p. betrifft, sich durchaus nicht auf die cautio judicatum solvi bezieht, ebenso wenig auf die in der Natur der actiones in rem als arbitrariae a. gelegene Freiheit des officium judicis: — „interdum durum est“, „nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere“, der Jurist greift hier auf eine ganz allgemeine Quelle der Fortbildung des Rechts selbst, die naturalis aequitas,

naturalis ratio zurück. — Uebrigens ist selbst die Haftung des malae fidei possessor für den casus auf eine Weise beschränkt worden, welche für die Richtung, die die Entwicklung unserer Frage überhaupt nahm, ganz characteristisch ist: der Beklagte soll dann ausnahmsweise nicht zum Ersatz des zufälligen Untergangs verpflichtet sein, wenn der Kläger, selbst im Fall des ihm rechtzeitig eingeräumten Besitzes der streitigen Sache, nicht im Stande gewesen wäre, den Verlust von sich abzuwenden. Es findet sich dieses für die actiones in rem angedeutet in den Worten (der l. 40 pr.) „quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea, sowie in l. 15 §. 3 Dig. depos. am Ende verb: Sed est verius etc. (s. oben) und in l. 16 Dig. rei vind. oben, ebenso in l. 20 §. 20 Dig. H. P. .... At uti deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari, quia, si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet; und zwar ist das Verhältniß das von Regel und Ausnahme: der malae fidei possessor und derjenige, welcher in Beziehung auf den Restitutionsbefehl des Juder in mora ist, haftet in der Regel für den casuellen Untergang, ausnahmsweise wird er freigesprochen, wenn der Kläger selbst den Verlust nicht hätte abwenden können. Letzteres hat eben als die Ausnahme der Beklagte zu beweisen[e].

Zum Schlusse ist hier noch einer von der unsrigen prinzipiell divergirenden möglichen Auffassung der Frage über den Einfluß des Erlöschens des klägerischen Rechts durch (casuellen) Untergang des Objekts zu gedenken. Wir haben uns in dem Bisherigen lediglich auf den Standpunkt des Klägers gestellt, und unsere Frage prinzipiell von dem Gesichtspunkt des Erlöschens des klägerischen Rechts

---

e) Vgl. über diesen vielfach bestrittenen Punkt die vortreffliche Ausführung von Savigny §. 274, nach welcher wohl kaum mehr ein Zweifel erhoben werden wird, nur muß seinen Quellenbelegen die oben angeführte höchst wichtige l. 20 §. 21 H. P. beigefügt werden. Uebrigens findet sich die richtige Ansicht über diesen Punkt im Wesentlichen schon bei Arndts im Rechtslexikon Bd. 5 S. 224 Note 100.

nach der Einleitung des Prozesses betrachtet, nun wäre es aber auch an sich denkbar, daß eine Gesetzgebung von vorne herein und wesentlich den Untergang des Objekts und die durch den Verlust des Besitzes für den Beklagten herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung des Judicats, beziehungsweise des Restitutionsbefehls in's Auge fassen und die ganze Frage prinzipiell vom Standpunkt des Beklagten und des Besitzverlusts aus ansehen würde, und im letzteren Fall wären natürlich die gesetzlichen Aussprüche über die Haftung für den Untergang des Objekts nach der L. C. für unsere Frage, für die Frage über die Bedeutung des Erlöschens des klägerischen Rechts nach der L. C. durchaus indifferent. Das Römische Recht geht jedoch, wie wir sicher annehmen dürfen, nicht von diesem Standpunkte aus.

Einmal enthält nämlich keine der bisher betrachteten Stellen auch nur die leiseste Andeutung davon, vielmehr stellen sie sich deutlich auf den Standpunkt des Klägers namentlich

l. 40 pr. H. P.

Dann aber spricht namentlich Folgendes dagegen. Proculus betrachtete eben nach der l. 40 cit. bei der rei vindicatio als den einzig entscheidenden Moment für die Frage hinsichtlich der Verurtheilung des Beklagten die Existenz des Eigenthumsrechts zur Zeit der L. C. und forderte, wenn nach derselben die Sache zu Grunde ging, gleichwohl die Verurtheilung des Beklagten, was dagegen das (die Verurtheilung des Beklagten allerdings im Allgemeinen bedingende) Erforderniß des Besitzes betraf, so verfocht gerade Proculus die Ansicht, daß es hier (d. h. eben hinsichtlich des Besitzes) lediglich auf den Moment des Urtheils ankomme, nur zur Zeit des Urtheils, aber auch immer zu dieser Zeit, müsse der Beklagte besitzen:

l. 27. §. 1. Dig. de rei vind. (Paulus.)

Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res judicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit, cum antem res iudicatur, sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur, possedit, probanda est

Proculi sententia, ut omni modo condemnetur. Ergo et fructuum nomine, ex quo coepit possidere, damnabitur[f].

cf. l. 30. pr Dig. de pec. 15, 1. (Ulpian.)

Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, quum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri aiunt, intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit; quae sententia et a nobis probanda est.

Wäre nun die Frage über die Verurtheilung des Beklagten troß dem Untergang nach der L. C. oder die Befreiung des Beklagten durch denselben nach den Grundsätzen über den Verlust des Besitzes beurtheilt worden, so hätte Proculus nach seiner Ansicht über die Bedeutung des Besitzes gerade zu dem direct entgegen gesetzten Resultat über jene Frage, als die uns von ihm in l. 40 pr. cit. bezeugt ist, gelangen müssen. Ueberhaupt hat wohl von jeher der schuldlose Besitzverlust nach der L. C. allgemein und unbestritten als Grund zur Absolution gegolten[g], hätte man nun den casuellen Untergang des Objekts unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, so hätte die Ansicht, der Beklagte sei troß dem casuellen Untergang zu verurtheilen, gar nie aufgestellt werden können.

Wetzell stellt unsere Frage unter den hier bekämpften Gesichtspunkt des Besitzverlusts und beruft sich dafür (S. 219) auf

(Ulpian.) l. 9 pr. Dig. ad exhib. 10, 4.

Julianus scribit, si quis hominem, quem possidebat, occiderit, sive ad alium transtulerit possessionem, sive ita rem corruperit, ne haberi possit, ad exhibendum tenebitur, quia dolo fecit, quo minus possideret. Proinde etsi vinum vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.

f) Ueber diese Stelle, namentlich die in ihr angedeutete Controverse unter den Römischen Juristen s. Keller Litiscont. u. Urtheil S. 191 Note 24. Savigny Bd. 6 S. 75 Note b.

g) Vgl. noch l. 42 Dig. de rei vind. l. 18 pr. §. 1 Dig. l. 41 pr. H. P. l. 1 §. 21 Dig. depos. l. 7 §. 4—6 l. 11 §. 2 Dig. ad exhib. Vgl. Wächter 13. Erörtrg Note 83.

Ulpian subsumirt hier die Vernichtung der zu exhibirenden Sache ebenso wie die Entäußerung des Besitzes an einen Anderen unter das: „dolo facere, quo minus possideret“ (reus). Dieß beweist jedoch durchaus nichts gegen die oben vertheidigte Meinung, denn hier handelt es sich eben um den durch dolus, nicht um den durch casus bewirkten Untergang, und da in jenem Falle (des dolus), der Beklagte ja jedenfalls haftet, so war auf den dafür anzuführenden Grund kein besonderes Gewicht zu legen, auch handelt es sich in dieser Stelle gar nicht um eine Vernichtung der Sache nach der L.C., und doch ist dieß gerade unsere Frage. Zudem haben wir noch bei der actio ad exhibendum selbst einen schlagenden Ausspruch zur Widerlegung in

l. 7 §. 5 Dig. ad exhib. (Ulpian.)

Si quis, quum iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportet, quamvis sit, inquit Pomponius, quod ei imputetur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.

Wenn nach der L.C. der Beklagte ohne dolus den Besitz verliert, so ist er freizusprechen, auch wenn er, sagt Pomponius, durch die L.C. in moram versetzt wurde. Nun hat aber unbezweifelt der Beklagte von dem Moment der mora an, falle deren Anfang in einen früheren Zeitpunkt oder erst in den der L.C. für den casuellen Untergang der Sache zu haften, ja derselbe Pomponius ließ bei der actio depositi den Beklagten nach der L.C. ohne alle Rücksicht auf mora unbedingt für den casus einstehen, also kann der Untergang des Objekts nach der L.C. wenigstens nicht unter die Kategorie des Besitzverlusts gebracht worden sein. Uebrigens muß man in obiger Stelle hinzudenken „et sine culpa“, denn der Beklagte haftet von der L.C. an immer auch für den culposen Besitzverlust.

l. 63 l. 36 §. 1 l. 21 Dig. de rei vind. 6, 1

l. 21 §. 3 Dig. de evict. 21, 2

Damit stehen auch die Stellen nicht im Widerspruch, in welchen gesagt ist, der Beklagte sei zu absolviren, wenn er sine dolo malo den Besitz nach der L.C. verloren habe, wie

l. 41 pr. Dig. H. P. 5, 3
l. 27 §. 1 Dig. rei vind. 6, 1
l. 71 §. 2 Dig. ad exhib. 10, 4

sie sprechen offenbar nur von dem gewöhnlichen Fall des Besitzverlusts, der allerdings in der Regel nicht ohne dolus erfolgt, und nirgends ist die Spur einer Controverse unter den Römischen Juristen über diese Frage zu finden[h].

Der casuelle Untergang nach der L. C. kann aber weiter schon deßhalb nicht unter dem Gesichtspunkt des Besitzverlusts betrachtet werden, weil alle Stellen, welche den Beklagten (malae f. p. oder morosus) für den casus verantwortlich erklären, nur von der Vernichtung, dem Untergang des Objekts, nicht aber von dem blosen Verlust des Besitzes sprechen, so daß wir gar nicht berechtigt sind, den malae f. p. auch nach der L. C. überhaupt für den blosen Besitzverlust durch casus für verantwortlich zu erklären. Haftet nun auch der m. f. p. nach der L. C. nicht für den blosen

h) Ob man für obige Entscheidung auch anführen darf, der malae f. p. hafte ja vor der L. C. schon für den culposen Besitzverlust, der bonae f. p. werde aber nach der L. C. behandelt, wie der malae f. p. vor derselben? ist sehr zweifelhaft. Denn es gibt keine Stelle, in welcher die Haftung des malae f. p. vor der L. C. für den blosen Verlust des Besitzes (abgesehen von dem Untergang oder was ihm gleich zu achten ist), durch culpa direct ausgesprochen wäre. Am ehesten kann man dafür anführen l. 25 §. 2 Dig. H. P.: „Quod ait Senatus: eos qui bona invassissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent, ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur, sed et culpa, et ideo ab eo, qui ab alio non exegit, vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse; hoc utique si exigere potuit," allein der Jurist geht in seinem mit „ita" beginnenden Commentar offenbar von dem Gesichtspunkt des Besitzverlusts ab und über auf das Haften des m. f. p. für dolus und culpa überhaupt, ja, was das Haften für culpa betrifft, so ist der spezielle Fall, auf den er die Haftung für culpa anwendet, die Versäumniß der Beitreibung von Forderungen der Erbschaft, die nun durch Verjährung erloschen sind, gerade ein Fall des Untergangs des Objekts. Auch spricht das SCtum selbst nur vom dolosen Besitzverlust vor der L. C. (cf. l. 25 §. 8 Dig. H. P. u. l. 27 §. 3 Dig. R. V.) Doch muß auch wiederum darauf hingewiesen werden, daß Ulpian, während das SC. gerade von dem Verluste des Besitzes handelt, die Haftung auch für culpa ganz allgemein geltend macht.

Verlust des Besitzes durch casus, so kann begreiflich auch der casuelle Untergang des Objekts selbst nicht unter den Begriff des Besitzverlusts fallen.

Zudem findet sich nicht einmal eine Stelle, in welcher selbst die culpose und dolose Vernichtung des Objekts nach der L. C. als ein Fall des possidere desinere bezeichnet wäre, soviel deren auch Wächter a. a. O. S. 128 ff. anführt. Einer näheren Betrachtung bedarf hier nur

l. 25 §. 8 Dig. H. P. 5, 3

Perinde, inquit, condemnandos, quasi possiderent; merito, nam is, qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur, ... Sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non extet, locum habebit haec clausula ...... Diese Stelle spricht jedoch, wie schon aus dem unmittelbar vorhergehenden, mit: „Si ante litem contestatem" beginnenden §. 7 hervorgeht, von dem Untergang vor der L. C. ganz wie l. 9 cit. ad exhib. und es ist überdieß sehr zweifelhaft, ob die Worte „sive in totum non extet", den Fall des Untergangs bei dem Beklagten selbst, oder nicht vielmehr bei einem Dritten, an den zuvor der Beklagte (dolose) den Besitz verloren hat, bezeichnen?

Bei diesem Differenzpunkt länger zu verweilen, mochte deßhalb erlaubt sein, weil die Möglichkeit einer verschiedenen Auffassung gewöhnlich nicht hervorgehoben, ja der Untergang des Objekts nach der L. C. und der Verlust des Besitzes nach diesem Zeitpunkt identificirt wird [i].

§. 10.

II. In personam actiones

1) Bonae fidei judicia.

Wie in §. 6 oben gezeigt worden ist, ergibt sich aus

l. 12 §. 3 Dig. dep. 16, 3

von Pomponius (einem Zeitgenossen von Salvius Julianus unter

---

i) So von Wetzell a. a. O. von Wächter Erörtrgn. Hft. 3, S. 128 ff. von Savigny Bd. 6, S. 74.

Hadrian), daß auch bei den bonae f. a. ursprünglich das alte Prinzip galt, der Beklagte sei zu verurtheilen, wenn nur das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. begründet war, mag es auch nach diesem Zeitpunkt erlöschen.

Dem alten Prinzip traten aber, wie sich a. a. O. aus

l. 14 §. 1 Dig. depos.

ergeben hat, bei dem Depositum und, wie wir recht wohl annehmen dürfen, bei allen bonae f. a. Sabinus und Cassius für den Fall des casuellen Untergangs des Objekts aus Rücksichten der aequitas entgegen. Gerade ihr Motiv: „quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere“ nöthigt uns zur Annahme, sie haben dieselbe Theorie für alle bonae f. a. aufgestellt, denn es paßt für alle gleich gut [a].

Diese Ansicht des Sabinus und Cassius wurde später die herrschende Theorie, natürlich mit der Beschränkung, daß im Fall der mora der Beklagte trotz dem casuellen Untergang des Objekts zu verurtheilen sei. Daß wir in dieser Beschränkung keine neue von der des Sabinus und Cassius abweichende Mittelmeinung zu erblicken haben, wurde schon oben §. 6 Note e gezeigt, den dort dafür angeführten Gründen mag noch beigefügt werden, daß nach

l. 14 §. 1 cit.

die Frage, welche Sabinus und Cassius entscheiden wollten, lediglich die war, ob durch die L. C. als solche eine Haftung des Beklagten für den casuellen Untergang des Objekts bei der bonae f. a. begründet werde, daß sie also gar keine Veranlassung hatten, von dem Fall der mora zu sprechen und ihn ausdrücklich auszunehmen, und zwar um so weniger, als sich diese Ausnahme ganz von selbst verstand, da die Perpetuation der obligatio durch mora, und folgeweise die Haftung für casus unbestritten feststehendes Recht war, und die mora zudem in der Regel nicht durch die L. C., sondern schon früher, oder erst später entsteht. Jedenfalls ist der Schluß: der

---

a) Savigny scheint S. 175 die Stelle ganz allgemein, sogar von stricti juris a., Seite 193 aber blos von der a. depositi zu verstehen.

Fall der mora sei nicht ausgenommen, weil er nicht als ausgenommen ausdrücklich erwähnt sei, schon an sich ganz verfehlt.

In der That würde uns jeder quellenmäßige Beleg dafür mangeln, daß im späteren Recht bei den bonae f. a. das alte Prinzip gebrochen und der casuelle Untergang des Objekts nach der L. C. (abgesehen von dem Fall der mora) als die Absolution des Beklagten bewirkend, allgemein anerkannt wurde, wenn wir die l. 14 §. 1 nicht so, wie wir gethan, betrachten, sondern sie blos als historische, von den späteren Juristen nicht gebilligte Notiz ansehen dürften. Denn wir haben sonst **keine** Stelle, welche diese Modification des alten Prinzips bei persönlichen Klagen ausspricht. Betrachtet man die Stelle recht genau, so ist ihre Ausdrucksweise für das spätere classische Römische Recht, für die Justinianische Gesetzgebung, für unser heutiges Recht noch ganz richtig, ja allein die richtige. Sie sagt: die L. C. als **solche** soll bei den bonae f. a. nicht die Wirkung haben, daß der Beklagte trotz dem casuellen Untergang verurtheilt werde, durch die L. C. als **solche** soll der Beklagte nicht mehr für den Casus verbindlich gemacht werden. Hier den Fall der mora als Ausnahme zu erwähnen, wäre ganz unlogisch, weil L. C. und mora zwei Begriffe sind, die gar nichts mit einander gemein haben. Uebrigens enthalten die Schlußworte:

„utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori"

eine Andeutung des Falls der mora, man mag sie so verstehen: Schlechthin sei die Befreiung des Beklagten durch casus nach der L. C. nur dann richtig, wenn der Kläger den Verlust gleichfalls nicht abzuwenden vermocht hätte, oder so: sie sei besonders außer Zweifel in diesem Falle.

Um so mehr dürfen wir die Stelle als eine Entscheidung nicht nur des Sabinus und Cassius, sondern auch des Juristen selbst, aus dessen Schriften sie genommen ist, Gajus, und eben damit auch der Justinianischen Gesetzgebung, nicht als blose historische Notiz betrachten.

Ueberhaupt ist eine blos historische Notiz bei einem Juristen, der geltendes Recht vorträgt, und vollends in einer Gesetzgebung nie anzunehmen, wo irgend eine andere Möglichkeit noch gegeben ist.

Die Haftung des Beklagten für den casus nach der L. C. im Fall der mora unterliegt natürlich auch nach späterem Recht keinem Zweifel, selbst wenn (ausnahmsweise) die mora erst durch die L. C. erzeugt werden sollte. Denn es ist auch bei den bonae f. a. die mora ganz allgemein als Grund der Perpetuation der obligatio erwähnt

cf. l. 25 §. 2 Dig. sol. matr. 24, 3

(Ulp. die rei uxoriae a. war bekanntlich bonae f.)

l. 4 u. 6 Cod. de peric. 4, 48

(Gordian, Diocletian und Maximilian, den Kauf betreffend) und die L. C. als Veranlassung für die Entstehung der mora ist ganz indifferent und zufällig; wenn schon vor der L. C. durch mora eine Perpetuation eintritt, muß dieß mindestens ebenso sicher geschehen, wenn die mora erst durch Einleitung des Prozesses erzeugt wird.

Uebrigens wurde von der Verpflichtung des debitor morosus für casus ebenso, wie von der des malae f. p. eine Ausnahme gemacht, wenn der Gläubiger selbst im Falle rechtzeitiger Leistung erwiesener Maßen nicht im Stande gewesen wäre, die Gefahr von sich abzuwenden [b].

Hiernach erscheint bei den bonae f. a. die L. C. als solche für die Frage über das Haften der Beklagten für den casuellen Untergang am Ende der classischen Jurisprudenz durchaus indifferent, nicht mehr maßgebend. Welch einschneidende Abweichung von dem alten Prinzip der Verurtheilung, wenn nur das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. begründet ist, darin lag, ist einleuchtend. —

Aus Gajus (IV, 114) war zu ersehen, daß nach der übereinstimmenden Ansicht der Proculejaner und Sabinianer die Befrie-

---

b) l. 47 §. 6 Dig. de leg. I (30). l. 14 §. 11 Dig. quod metus c. 4, 2. beide von Ulpian, die erste handelt zwar von einer stricti juris, die zweite von einer arbitraria a. ihre Anwendung auf die bonae f. a. aber kann entfernt keinem Zweifel unterliegen. Vgl. Puchta Pand. §. 268 und Vorlesgn. Bd. 2, S. 94 v. Vangerow Leitf. Bd. 3 S. 207 ff. Sintenis Civilr. Bd. 2 §. 93 Note 44 Wächter 13 Erörtrg. Note 94 Savigny Bd. 6 S. 184 ff. Arndts Pand. §. 251 Anm. 2.

digung des Klägers nach der L. C. bei den in rem und den bonae f. a. die Absolution des Beklagten bewirkte, und wir dürfen natürlich dasselbe annehmen hinsichtlich derjenigen arbitrariae a., welche nicht in rem waren.

Dieselbe Wirkung wurde der Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich der Partien beigelegt. Wir ersehen solches aus

l. 33 §. 3 Dig. de cond. ind. 12, 6

(aus Ulpians lib. 43 ad Sabinum):

„Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet; potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli mali exceptionem; sed si post litem contestatam transactum est, nihilominus poterit exceptione doli uti post secuti, dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit.“ etc.

Hier ist die Berücksichtigung eines erst nach der L. C. geschlossenen Vergleichs zugelassen unter dem Begriff der exceptio doli post secuti. Es darf daraus aber nicht der Schluß gezogen werden, daß jedes nach der L. C. eintretende Ereigniß, wenn es nur an sich unter den Begriff der doli exceptio subsumirt werden konnte, unter dem Titel der exceptio doli post secuti bei den bonae f. a. von dem Juder habe berücksichtigt werden müssen, daß, wie die doli exceptio hinsichtlich der meisten, wo nicht aller Exceptionen die Nothwendigkeit ihrer Aufnahme in die Formel aufgehoben hatte, so die exc. doli post secuti in demselben Umfang unser Prinzip aufgehoben habe, oder daß von jeher die doli exceptio, auch wenn sie erst nach der L. C. entstanden, zu berücksichtigen gewesen sei. Davon enthält die Stelle nicht das mindeste; sie spricht durchaus nur von dem transactum, dieses fiel allerdings unter den Begriff der exceptio doli, weil es nichts ist als ein pactum conventum,

cf. l. 2 §. 4 Dig. de doli exc. 44, 4 und

l. 3 Dig. resc. vend. 18, 5.

Die Erwähnung der exceptio doli hat auf unsere Frage gar keine Beziehung, sie ist eben gerade der technische Begriff, unter den das

transactum, wie jedes pactum fällt, die Form, unter der es überhaupt allein juristisch wirksam ist, es ist damit durchaus nicht gesagt: Jeder dolus post litis contestationem secutus ist zu beachten, sondern nur das transactum, welches eine exceptio doli gibt, ist zu beachten, auch wenn es erst nach der L. C. entsteht; es ist, wie wenn gesagt wäre: die exceptio transactionis post secutae ist zu beachten; so konnte aber nicht gesagt werden, weil es technisch keine so benannte exceptio gab, diese vielmehr eben unter den Begriff der doli exceptio fiel.

Wir haben übrigens zudem einen speziellen Grund dafür, warum das transactum, auch wenn es nach der L. C. geschlossen wurde, Berücksichtigung fand. Die späteren classischen Juristen betrachteten es nämlich unter dem Gesichtspunkt der Beendigung des Rechtsstreits, eines Surrogats des Urtheils:

l. 13 pr. fin. Dig. jud. solvi 46, 7

gleichfalls von Ulpian:

Proinde si forte lis finita fuerit, ad quam defensio erat necessaria, vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione, vel quo alio modo, consequenter placuit, evanescere ob rem non defensam clausulam.

Ueberhaupt liegt eine Berücksichtigung des zwischen den Partien gerade zum Zweck der Beilegung eines eingeleiteten Rechtsstreits geschlossenen Vertrags so sehr in der Natur der Sache, und sie hat ihre Berechtigung so sehr in sich selbst, daß man sich höchlich verwundern müßte, wäre sie nicht im Römischen Recht da erfolgt, wo sie nach den eigenthümlichen Gestaltungen des Römischen Prozesses möglich war, d. h. bei den bonae f. a. Gerade wegen dieser ganz spezifischen Bedeutung sowohl überhaupt, als im Römischen Recht insbesondere, kann aus der l. 23 §. 3 nichts weiter gefolgert werden.

2) Bei den arbitrariae actiones finden sich in unseren Quellen nachstehende Modificationen:

l. 14 §. 11 Dig. quod metus c. 4, 2 (Ulpian.)

.... Haec si post condemnationem; si autem ante sententiam

homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur. Et hoc fit his verbis Edicti: Neque ea res arbitrio judicis restituetur. Ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa ejus, cum quo agetur, cavendum est per judicem, ut eum servum persecutus reddat. Sed etsi non culpa ejus, quocum agitur, obierit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus; sicut in interdicto unde vi, vel quod vi aut clam observatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, qui vim passus est.

Diese confuse Stelle, die vielleicht durch Interpolation verdorben ist, gehört nur insofern hieher, als sie in den zwei letzten Sätzen für den Fall, wo der Beklagte an sich entschieden für den casuellen Untergang zu haften hat, gleichfalls in der schon bei den in rem und den bonae f. a. bemerkten Richtung eine Ausnahme macht. Wie diese Ausnahme im Sinne der l. 14 §. 11 im Einzelnen festzustellen und mit den anderen diese Frage betreffenden Aussprüchen der Quellen zu vereinigen sei, gehört nicht hieher[c], hier hat es genügt, auch für die arbitrariae a. dieselbe Tendenz zur Beschränkung der Haftung des Beklagten überhaupt zu documentiren. Im Uebrigen beweist die Stelle durchaus nichts in unserer Frage. Savigny allerdings versteht den oben abgedruckten Theil der Stelle von der Zeit zwischen der L. C. und dem arbitrium de restituendo und bezieht deßhalb die Stelle auf unsere Frage (S. 176), allein es ist dieß im höchsten Grade zweifelhaft, es kann ebenso gut auch jeder andere Zeitpunkt von dem Moment an, wo der Sclave durch Drohungen dem Eigenthümer abgenöthigt worden ist, also ebenso gut die Zeit vor der L. C. gemeint sein, denn von jenem Moment an ist der Thäter immer in mora und haftet daher schon von da an für den casuellen Untergang,

c) Vgl. darüber Savigny Bd. 6, S. 186 u. 187, S. 194 u. 195. Oben ist auf Savigny's Vorgang hin die allerdings allein einen Sinn gebende Lesart Haloander's: „obierit" statt der gewöhnlichen: „aberit", welch letztere auch noch die Kriegel'sche Ausgabe hat, angenommen worden. Daß die §. 11 einen Fall betrifft, wo gegen den Thäter selbst und nicht gegen einen Dritten geklagt ist, und daß in jenem Falle die Klage als (prätorische) Delictsklage erscheint, bedarf kaum bemerkt zu werden.

l. 1 §. 35, l. 19 Dig. de vi 43, 16

es ist somit die L. C. gerade hier absolut irrelevant, wäre also auch im concreten Falle wirklich von dem Untergang in dem von Savigny angenommenen Zeitraum die Rede, so wäre dieß doch civilistisch und im Sinne des Juristen ganz zufällig und gleichgiltig. Uebrigens deutet auch der Wortlaut der Stelle durchaus nicht auf den von Savigny angenommenen bestimmten Zeitraum, der Gegensatz, wie er in derselben ausgedrückt ist, ist nur: Zeit nach der condemnatio und Zeit vor derselben. — Dagegen ist die §. 11 in einer anderen Richtung wichtig, sie deutet positiv den am Ende von §. 9 oben aufgestellten Satz an, daß der malae f. p. für den blosen Verlust des Besitzes durch casus nicht hafte, indem sie von dem Beklagten, wenn der Sclave ohne seine Schuld sich auf der Flucht befindet, nur Caution verlangt, daß er ihn, wenn er ihn verfolgt und bekommen hat, zurückgibt, und es ist dieß um so bedeutsamer, als bei der allgemeinen Ausdrucksweise der Stelle der Zeitraum nach der L. C. wenn auch nicht ausschließlich, (nur dieß ist oben bestritten), doch mit gemeint ist, und als die actio quod metus causa, da sie in rem scripta ist, auch für die in rem a. zum mindesten eine schlagende Analogie gewährt, wenn nicht gar, was recht wohl möglich ist, der Jurist in obiger Stelle den Beklagten geradezu als malae f. possessor behandelt und von diesem Gesichtspunkte aus seine Haftpflicht entscheidet, und so die Stelle für die in rem a. die in §. 9 aufgestellte Behauptung direct erweist.

Ferner kommt in Betracht

l. 7 §. 7 Dig. ad exhib. 4, 10 (Ulp.)

Ibidem non male Pomponius iungit, ejus qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere, rem ei restitui, hoc est, et quo lis contestatur, et quo fit condemnatio; et ita Labeoni placet.

Die actio ad exhib. setzt wesentlich ein rechtliches Interesse an der Besichtigung der Sache wegen eines dinglichen oder persönlichen Anspruchs auf sie voraus, der durch die Exhibition möglich gemacht oder sonst vorbereitet werden soll. Dieses Interesse (Ulpian spricht

speziell von dem interesse, rem restitui, also von einem Anspruch auf Restitution als Grundlage des Interesses) soll nun vorhanden sein, sowohl zur Zeit der L. C. als des Urtheils; fehlt es in letzterem Zeitpunkt, ist es im concreten Falle erloschen, weil das Interesse an der Erfüllung des Hauptanspruchs erloschen ist, so ist der Beklagte zu absolviren. Hierin liegt nun nicht nothwendig eine Abweichung von unserem Prinzip, vielmehr möglicher Weise nur eine Anwendung des (selbstständigen) Satzes, daß bei den bonae f. und wohl ebenso bei den arbitrariae a. der Werth des Streitgegenstandes nach der Zeit der condemnatio geschätzt wird.

Wenn man die in der l. 7 §. 7 enthaltene Entscheidung aber auch von dem Standpunkt unserer Frage aus betrachtet, und in der Absolution wegen Wegfalls des Interesses ein Abgehen von dem Prinzip, daß nur die Existenz des Rechts zur Zeit der L. C. entscheide, sieht, sofern der Wegfall des Interesses ein allgemeiner Aufhebungsgrund der Obligationen überhaupt ist, und das Recht auf Exhibition speziell ein rechtliches Interesse an derselben zur wesentlichen Voraussetzung hat, so ist daraus doch nicht auf andere Erlöschungsgründe des klägerischen Rechts irgend ein Schluß zu ziehen, da der Wegfall des Interesses, d. h. jedes Vermögenswerths der Erfüllung so eigenthümlicher Natur und in diesem Falle die Verurtheilung (etwa nach dem Maßstab eines früheren Moments) so erorbitant ist, daß hier recht wohl eine Ausnahme von dem Prinzip gemacht, im Uebrigen aber dasselbe vollständig anerkannt worden sein kann. Gegen Letzteres spricht schon die Erwähnung am Ende der Stelle, daß Labeo dieser Ansicht gewesen, während wir von seinem Nachfolger Proculus dessen strenges Festhalten an dem alten Prinzip nachgewiesen haben.

Auch bei dieser Klage findet sich eine Hindeutung auf eine nur bedingte Haftung des Beklagten für den casuellen Untergang des Objekts nach der L. C. in

l. 12 §. 4 Dig. ad exhib. (Paulus.)

Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus

est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quominus tunc, quum iudicium acciperetur, homo exhiberetur; tanto magis si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.

Aus dieser Stelle geht zu leicht hervor, daß im Fall des casuellen Untergangs des Objekts nach der L. C. auch bei den freien Klagen das Interesse des Klägers nicht nach dem Moment des Urtheils, sondern nach dem der L. C. geschätzt wurde. Dieß ist schon an sich wichtig, besonders aber auch insofern, als speziell dadurch die Meinung widerlegt wird, als habe schon das Prinzip der Schätzung des Werths nach dem Moment des Urtheils in jenem Falle von selbst zur Absolution geführt.

§. 11.

3) Stricti juris judicia.

Vor Allem ist hier an die Controverse der beiden Schulen hinsichtlich der Befriedigung nach der L. C. zu erinnern (s. §. 5 oben). Nach

l. 57 pr. Dig. de solut et liberat. 46, 3

von Ulpian und

l. 84 Dig. de verb. oblig. 45, 1

von Paulus ist diese Frage noch zur Zeit der letzten classischen Juristen nicht als entschieden zu betrachten, und man kann Angesichts dieser Stellen der Annahme Keller's, die Meinung der Sabinianer sei die ausschließend herrschende geworden, nicht beitreten[a], wiewohl schon aus früherer Zeit mehrfache Anwendungen des: „omnia judicia absolutoria esse“ auf stricti juris judicia uns erhalten sind.

l. 63 §. 1 Dig. ad SC. Treb. 36, 1

l. 5 pr. Dig. de publicanis 39, 4.

Beide Stellen rühren von Gajus her, der bekanntlich Sabinianer war und die Theorie seiner Schule natürlich auch auf die vorkommenden einzelnen Fälle anwendete.

---

a) Zweifelhaft spricht sich hierüber aus Puchta Curs. §. 172 Note i. Wächter Erörtrgn. Hft. 3 S. 26. (Er neigt sich zu Keller's Ansicht.) Der obigen Ansicht scheint Savigny Bd. 5 S. 135 Note u, Bd. 6 S. 61,

Demnach ist die Frage noch am Ende der classischen Jurisprudenz als controvers zu betrachten. Ohne Zweifel bekam übrigens auch nach der strengen Ansicht der Proculejaner der Kläger nicht das Doppelte, sie halfen auf einem anderen Wege, vielleicht durch eine condictio sine causa, mit der das zuerst Bezahlte, die freiwillige Leistung nach der L. C. zurück gefordert werden konnte.

An obige Frage schließt sich eine Stelle von Ulpian an, in welcher gesagt ist, der Rechtsstreit könne durch acceptilatio erlöschen.

l. 13 pr. Dig. jud. solvi 46, 7

... Proinde videndum stipulatio ob rem non defensam utrum commissa est re non defensa, an non prius creditur commissa, nisi ex stipulatione lis fuerit contestata? Quod magis est; et ideo nec fidejussoribus videtur statim dies cedere, ubi res coeperat non defendi. Proinde, si forte lis finita fuerit, ad quam defensio erat necessaria, vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione, vel quo alio modo, consequenter placuit, evanescere ob rem non defensam clausulam.

Der Sinn dieser von der Glosse an bestrittenen Stelle geht nach Wetzell dahin[b]: Wenn der Prozeß nicht gehörig geführt wird (von dem cognitor), so fragt es sich, ob die (für diesen von dem Schuldner, dem eigentlichen Beklagten, und dessen Bürgen mit dem Kläger) geschlossene stipulatio judicatum solvi „ob rem non defensam" sogleich verfallen sei in dem Augenblick, wo die Vertheidigung nicht gehörig geführt wird, oder erst in dem Moment, wo von dem Kläger aus der stipulatio judicatum solvi „ob rem non defensam" (gegen den Schuldner selbst oder dessen Bürgen) geklagt und mit ihnen Lis contestirt worden sei? Letzteres sey das Richtige: dieß ergebe sich daraus, daß, wenn der (ursprüngliche) Prozeß (mit dem cognitor) durch Zahlung, Vergleich, Acceptilation, oder auf irgend eine andere Weise beendigt worden sei (zwischen dem Kläger und dem Schuldner) eben dadurch die clausula ob rem non defensam erlösche.

b) Vgl. über die ganze Stelle Wetzell S. 195 u. 196.

Es soll nicht bestritten werden, daß Ulpian möglicherweise gerade den von Wetzell supponirten Fall hier im Auge hatte, er liegt jedoch weder in den Worten, noch ist irgend eine innere Nothwendigkeit zu dieser Unterstellung vorhanden. Angenommen auch, wir haben es nach den am Schlusse angeführten Mitteln, den Streit zu tilgen (Vergleich, Acceptilation) nicht mit einer dinglichen Klage zu thun, so folgt daraus doch nicht nothwendig, „daß die Caution zum Zwecke der prozessualischen Vertretung vom Defensor, oder von dem Schuldner selbst für einen Cognitor geleistet worden ist," es ist noch ganz wohl ein drittes möglich, nämlich die vom Schuldner und Beklagten für sich selbst bei einer persönlichen Klage geleistete satis datio judicatum solvi, welche nach Gajus Zeugniß

IV, 102

wenn auch nicht regelmäßig, wie bei den dinglichen Klagen, so doch hie und da von dem mit einer persönlichen Klage Belangten geleistet werden mußte. Dieser Fall möchte eher hier zu unterstellen sein, da die Worte blos auf den Schuldner selbst und die Bürgen, durchaus nicht auch noch auf einen Dritten (cognitor) hinweisen. Ebenso wenig ist die Verbindung des Vorder- und Nachsatzes durch: Proinde (si forte etc.) im Sinne Wetzell's zu verstehen. Er umschreibt es mit: „dieß gehe auf's Klarste daraus hervor, daß", versteht also den letzten Satz als ein Argument für die Richtigkeit des ersten, solches ist jedoch kaum zulässig, denn Proinde heißt: 1) = inde, exinde: hiernach, von da, daher, 2) = perinde: ebenso. Hier hat es nun offenbar die erste Bedeutung und der letzte Satz erscheint nun als eine Folgerung aus dem ersten. Demnach sagt die Stelle kurz Folgendes:

Wenn der Prozeß von dem Schuldner, der die stipulatio judicatum solvi geschlossen hat, nicht gehörig geführt wird, so verfällt die stipulatio erst, wenn aus ihr geklagt und Lis contestirt ist: und deßhalb sind auch die Bürgen nicht schon vom Moment des nicht gehörig geführten Rechtsstreits an aus der stipulatio verpflichtet (zur Zahlung des Interesses „ob rem non defensam"): Wenn daher in der Zwischenzeit zwischen der ungehörigen Führung des Rechtsstreits

und der Litiscontestation aus dem aus der stipulatio jud. solvi erhobenen neuen Prozeß „ob rem non defensam“ der ursprüngliche Prozeß durch Zahlung, Vergleich, Acceptilation oder sonst wie beendigt wird, so erlischt folgerichtig die clausula ob rem non defensam.

Nachdem so der Sinn der Stelle im Allgemeinen feststeht, können wir zu ihrer Bedeutung für unsere Frage zurückkehren. Diese liegt in der Bemerkung: es könne ein Rechtsstreit durch acceptilatio beendigt werden. Die acceptilatio setzt nemlich eine verborum obligatio, eine stipulatio, also, möchte man sehr leicht schließen, ein strictum judicium voraus, und wir müßten, wenn nach der L. C. durch acceptilatio das strictum judicium beendigt wird, dieß als eine weitere Modification unseres Prinzips bei den stricti juris a. ansehen, allein gerade an der Gewißheit, daß in obiger Stelle eine acceptilatio nach der L. C. in dem ursprünglichen Prozeß gemeint sei, fehlt es vor Allem. Es ist in derselben nur ganz allgemein der Fall der Beendigung der Lis durch acceptilatio nach der Unterlassung gehöriger Vertheidigung festgesetzt, dieses „coepisse res non defendi“ aber ist ganz wohl auch vor der Litiscontestation möglich, ja es kann gerade in der Verweigerung der Litiscontestation bestehen, da ja die stipulatio jud. s. vor der L. C. geschlossen werden mußte und zwischen ihrer Bestellung und der L. C. häufig ein gewisser Zeitraum in der Mitte gelegen gewesen sein mag. Hiernach folgt für unsere Frage nichts aus der Stelle.

Uebrigens ist es trotz der Erwähnung der acceptilatio überhaupt gar nicht einmal nöthig, als Gegenstand des Rechtsstreits eine stricti juris obligatio vorauszusetzen; denn es kam bei den Römern sehr häufig vor, daß irgend eine obligatio und namentlich ein bloses pactum in eine verborum obligatio verwandelt wurde, um als solche durch acceptilatio, die ja nur bei der verborum obligatio anwendbar ist, vollkommen aufgehoben und vernichtet zu werden, insbesondere geschah dieses, wenn vergleichshalber eine obligatio getilgt werden sollte, bekanntlich gab es ja eine eigene Formel (Aquiliana stipulatio) dafür, um so auf ein Mal alle Ansprüche der Partien gegenseitig zu vernichten.

Deßhalb kann die acceptilatio ebensowohl bei einem bonae f. judicium vorkommen und namentlich ein solches durch acceptilatio beendigt werden.

Will man aber keiner dieser Erklärungen beitreten, so bleibt nichts übrig, als dieselbe Controverse, wie hinsichtlich der solutio auch hinsichtlich der acceptilatio bei den stricti juris a. anzunehmen, was schon deßhalb zulässig erscheint, weil die acceptil. eine imaginaria solutio ist. Freilich scheint sich Ulpian nach

l. 57 pr. Dig. de sol.

hinsichtlich der solutio zu der strengeren Ansicht der Proculejaner zu neigen!

Es ist hier noch von dem casuellen Untergang des geschuldeten Objekts nach der L.C. bei stricti juris a. zu handeln. Ist auch hier die L.C. als solche nicht mehr, sondern nur noch die mora entscheidend, oder ist der Beklagte, auch wenn er nicht früher in mora ist und auch durch die L.C. selbst nicht in moram versetzt wird, also lediglich wegen der erfolgten L.C. an sich, dem alten Prinzip gemäß, trotz dem casuellen Untergang zu verurtheilen?

Gewiß gilt Letzteres selbst noch am Ende der classischen Jurisprudenz.

Zwar knüpft eine Reihe von Quellenzeugnissen bei negotia stricti juris das Haften für den casuellen Untergang einfach an die mora des Schuldners ohne Erwähnung der L. C. Für die Stipulation:

l. 82 §. 1 Dig. de verb. oblig. 45, 1. (Ulpian.)

Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus proinde, ac si homo viveret; et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere.

l. 23 eod. (Pomponius).

l. 39 §. 1 Dig. de leg. I (Ulp.)

Für alle anderen Obligationen auf dare oportere:

l. 5 Dig. de reb. cred. 12, 1 (Pompon.)

Für das Legat[c]:

c) Die actio personalis auf Ausbezahlung eines Legats war eine con-

l. 39 §. 1 (cit.) l. 47 §. 6 (Ulp.)
l. 108 §. 11 (African.) Dig. de leg. I.
l. 23 Dig. de verb. oblig.

Allein es fehlt auch nicht an Stellen, welche die Litiscontestation als solche ohne alle Beziehung auf mora als entscheidend bezeichnen. Hierher gehört vor Allem

l. 8 Dig. de re iud. 42, 1 (Paulus).

Si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam, et fructuum rationem habendam placet.

Diese Stelle spricht so allgemein, will offenbar eine ganz allgemeine Regel ausdrücken und spricht diese so klar und bestimmt dahin aus, daß durch die Litiscontestation als solche die Verurtheilung des mit einer actio ex stipulatu Belangte troß dem casuellen Untergang des geschuldeten Objekts bewirkt werde, daß alles Deuteln und Drehen nichts hilft und eine mora ohne den schreiendsten Zwang nicht subintelligirt werden kann. Nur dann beweist die Stelle nichts, wenn man mit dem Codex Rhedigeranus statt „et fructuum" „sed fructuum" liest, diese Lesart ist aber durch andere Handschriften nicht unterstützt, sie steht ganz allein, ja die neueste (Kriegel'sche) Ausgabe des Corp. juris erwähnt sie nicht einmal.

---

dictio, also stricti juris, Savigny Bd. 5 S. 504 Wächter Erörtrgn Hft 2 S. 87 Nr. 3. Letzterer macht dieß nicht nur für das legatum per damnationem, sondern auch für das leg. sinendi modo geltend, gewiß mit Recht, denn nach Gajus II, 213 lautet die formula beim l. sinendi modo: Quidquid heredem ex testamento dare, facere oportet. Nur ist die aus dem legatum sinendi modo entspringende condictio immer incerti c. Denn ein sinere ist ein non facere, also ein incertum, wie sich dieß ja auch eben aus der bei Gajus II, 213 angeführten formula: „dare facare oportere" ergibt, dieß ist ja die formula für das incertum, die condictio aus dem leg. per damnationem kann nun allerdings auch incerti c. sein nemlich dann, wenn der legirte Gegenstand ein incertum, d. h. weder certa pecunia noch certa res ist, aber sie ist es durchaus nicht immer, wie die cond. aus dem leg. sinendi m., vielmehr ist sie cond. certi, wo pecunia certa, condictio triticaria (nach Puchta's Eintheilung) wo alia certa res Gegenstand des Damnationslegats ist. —

An diese Stelle reiht sich die bereits erwähnte von Pomponius
l. 12 §. 3 Dig. depos. 16, 3.

Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.

Auch hier ist im Vordersatz ganz allgemein der Satz ausgesprochen, bei einem dari oportere aus einer Stipulation oder einem Testament falle der casuelle Untergang des geschuldeten Objekts nach der Litiscontestation dem Beklagten zur Last. Gegen diese Auslegung wird eingewendet werden: es sei hier die Verpflichtung aus den negotiis stricti juris (stipulatio, legatum per damnationem: dari portere) ganz dem depositum, dem neg. bonae fidei, gleichgestellt, hinsichtlich des Letzteren aber sei von einem Fall der mora die Rede, also sei auch das hinsichtlich der negotia stricti juris Gesagte von demselben Fall zu verstehen. Diese Argumentation muß aber von mehr als Einem Gesichtspunkte aus bekämpft werden.

Vor Allem ist auch hinsichtlich des Depositum nicht ein Fall der mora gemeint. „Potuit reddere" drückt das rein objektive, physische Können aus, wie gerade im Gegensatz zur mora in
l. 5 Dig. de reb. cred.
anerkannt wird:

... „Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere,"

und der Gegensatz zu dem „potuit reddere" ist das physische Nichtzurückgebenkönnen, weil die Sache schon vor der L. C. zu Grunde gegangen ist.

Dann aber, wenn auch beim Depositum mora zu supponiren wäre, so sind die beiden Sätze durchaus nicht in der Weise miteinander verbunden, daß der Fall des Nachsatzes auch ganz genau der des Vordersatzes sein müßte, im Gegentheil kann sich das

„potuit id reddere“ nur auf das Depositum beziehen, denn nur bei diesem kann von einem „reddere“ gesprochen werden, im Vordersatze handelt es sich gerade umgekehrt von einem „dare“. Ueberhaupt ist es unlogisch, das Bestimmende durch das Bestimmte erklären zu wollen, vielmehr ist das Umgekehrte richtig, und, da hinsichtlich der Stipulation und des Legats unbeschränkt die L. C. als solche als entscheidend bezeichnet wird, so ist dieß noch ein besonderes Argument gegen die Annahme einer mora selbst beim Depositum.

Endlich gehört hieher

l. 5 Dig. de conf. 42, 2 (Ulpian.)

Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus jam Stichus erat, sive post litiscontestationem decesserit, condemnandus est.

Wer in jure das Geständniß abgelegt hat, er schulde den Stichus, muß verurtheilt werden, Stichus mag schon gestorben gewesen oder nach der Litiscontestation gestorben sein.

Diese Entscheidung ist dahin zu erklären.

Für die confessio in jure gilt seit Marc Aurel ganz allgemein der Grundsatz:

„Confessus pro judicato est,“

d. h. der Beklagte ist durch das Geständniß verpflichtet, und es tritt diese Verpflichtung unmittelbar ein, ohne daß sie erst durch ein Urtheil festgestellt werden müßte[c1]. Daher erfolgt aus dem blosen Geständniß an sich schon Exekution, da diese aber immer ein auf Geld gerichtetes Urtheil voraussetzt, so ist der Satz: „confessus pro judicato est,“ in diesem Umfang blos dann richtig, wenn die Klage

---

c1) Seit Aufhebung des ordo judiciorum hat jede confessio in judicio die Kraft der früheren confessio in jure, allein sie ist wohl nicht mehr, wie diese war, Surrogat des Urtheils, vielmehr nur noch dessen Grundlage, an deren Inhalt das Urtheil jedoch streng gebunden ist. A. M. Puchta Curs. d. Inst. §. 188. Dagegen Heffter System §. 131 und Savigny Bd. 7 §. 304 Nr. 4. Wäre Puchta's Ansicht richtig, so wäre der Satz: judicatus pro damnato est sogar streng wörtlich in viel größerem Umfang richtig, als im älteren Recht, denn im späteren Recht geht ja das Urtheil immer auf den ursprünglichen Gegenstand des Streits selbst, und ebenso die Execution, mit Ausnahme des Falls, daß das Urtheil auf eine reine Handlung gerichtet ist.

selbst auf eine bestimmte Geldsumme geht und von dem Beklagten zugestanden wird, und wenn der Beklagte bei einer auf certa res außer certa pecunia oder auf ein incertum gehenden Klage sein Geständniß auf eine bestimmte Geldsumme richtet, in certa pecunia verwandelt. Auf Letzteres soll der Magistrat hinwirken. Gelingt es aber nicht, so erfolgt nun ein gewöhnlicher Prozeß, es wird ein Judex bestellt, Lis contestirt, und ein Urtheil gefällt

l. 7, 3, 8 Dig. de conf.

In diesem Prozeß nun ist der Judex streng an den Inhalt des Geständnisses gebunden, er hat in Beziehung auf dasselbe Nichts zu untersuchen,

l. 56 Dig. de re jud. 42, 1,

sondern lediglich den Gegenstand der confessio in eine bestimmte Geldsumme zu verwandeln:

„Judex non rei judicandae sed aestimandae datur.“

Jetzt erst ist die l. 5 cit. vollkommen verständlich.

Ihr erster Theil sagt, der Beklagte sei zu verurtheilen, auch wenn der Sklave Stichus, den schuldig zu sein er gestanden, schon zur Zeit des Geständnisses gestorben gewesen sei, — natürlich, der Judex hat ja gar nicht über die Begründung der Klage zu erkennen, diese ist durch das Geständniß, wie durch ein Urtheil, festgestellt, der Judex hat ja nur noch den Werth des Gegenstands in Geld zu verwandeln[d].

---

d) Vgl. l. 3 Dig. de conf. (Paulus): „Julianus ait confessum, certum se debere legatum, omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset, et si jam a natura recessit: ita tamen ut in aestimationem ejus damnetur: quia confessus pro judicato habetur.“

Hiemit ist l. 8 Dig. de conf. (gleichfalls von Paulus): „Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum sit,“ wohl vereinbar. Sie zieht nemlich nur die absolut ausnahmslose Geltung obiger Regel in Abrede, und dieß ist ganz richtig, denn gegen die confessio kann wegen Irrthums des Gestehenden Restitution verlangt werden, ja es bedarf deren nicht einmal, wenn das Eingestandene in Folge von Rechtsregeln unmöglich ist. Eine Restitution wegen Irrthums oder eine Anfechtung wegen juristischer Unmöglichkeit des Eingestandenen ist nur in den Fällen ausgeschlossen, ubi lis inficiando crescit in duplum, in diesen Fällen gilt also wirk-

In dem zweiten Theil der Stelle wird gelehrt, der Beklagte sei ebenfalls dann zu verurtheilen, wenn der Sklave, den zu schulden er gestanden, nach der Litiscontestation (über das rei aestimandae ertheilte judicium) gestorben sei. In diesem Ausspruch finden wir

---

lich die Regel, daß der Judex an den Inhalt des Gestandenen gebunden ist, absolut ausnahmslos, und zwar deßhalb, weil hier das Geständniß die Natur eines Vergleichs hat, um der Gefahr der höheren Verurtheilung zu entgehen. Zu dieser Kategorie nun gehört eben der Fall der l. 3 Dig. de conf. Er spricht von dem legatum per damnationem auf eine certa res außer certa pecunia, und in diesen beiden Fällen wird das böswillige Läugnen durch die Verurtheilung auf das Doppelte gestraft, daher heißt es ganz mit Recht: „omnimodo damnandum". Freilich wäre diese Vereinigung der l. 3 und l. 8 citt. nicht genügend, wenn die Behauptung Rudorff's zu Puchta Curs. d. Inst. §. 321 Note r richtig wäre: die in duplum revocatio beim legatum per damnationem setzte eine damnatio auf certa pecunia voraus, denn „ohne beide Voraussetzungen liege kein exekutorischer Anspruch, mithin auch kein Grund vor, dem Erben die indebiti condictio in Beziehung auf die obligatio zu versagen" ..... Allein Rudorff hat hierin nicht Recht. Das „infeiando crescere in duplum" setzt nemlich durchaus nicht immer nothwendig einen „exekutorischen Anspruch" voraus (Rudorff's eigene Ausführung bei der actio legis Aquiliae a. a. O. §. 277 Note z beweist dieß), und gerade beim legatum per damnationem auf certa res außer pecunia certa wird R.'s Meinung durch Quellenzeugnisse widerlegt: Vor Allem durch §. 7 Inst. 3, 28, wo nur „certa constituta" überhaupt, ohne Beschränkung, verlangt werden, dann durch Gajus II, 282 und IV, 171. Denn auch hier findet sich keine Spur einer Beschränkung, ebensowenig bei Paulus sent. rec. I, 19 §. 1. Daher ist auch gewiß die Lücke bei Gajus IV, 9 nicht mit Lachmann durch: „pecuniarum" auszufüllen, abgesehen davon, daß, wie v. Scheurl (Beiträge zur Bearb. des R. R. 1 Hft S. 131) in seinen vortrefflichen „kritischen Bemerkgn zu Gajus IV, 1—44" ganz richtig bemerkt, die Römischen Juristen nie den Pluralis: „certae pecuniae," sondern nur den Singularis gebrauchen. Da die Schlußworte in der Handschrift entschieden: „certe relictae" lauten, so liest man sicherlich am besten nach v. Scheurl's Vorschlag: „damni injuriae legis Aquiliae et rerum legatarum" etc. — Schließlich ist noch besonders zu bemerken, daß auch unsere l. 5 de conf. mit der l. 8 eod. durchaus nicht in Widerspruch steht, obwohl sie nicht von einem Falle handelt, ubi lis inf. in duplum crescit; sie drückt nur die Regel aus, als Regel aber bleibt der Satz, daß der Beklagte, wenn er gesteht, ohne Rücksicht auf die Existenz des Objekts zu verurtheilen sei, bei allen Klagen richtig, da ja nur durch Restitution wegen Irrthums und im Fall der Wirkungslosigkeit des Geständnisses wegen juristischer Unmöglichkeit des Gestandenen, also nur ganz ausnahmsweise geholfen werden kann. Vgl. Savigny System Bd. 7 §. 307.

eine Bestätigung der Behauptung, bei den stricti juris a. sei der Beklagte zu verurtheilen, wenn auch nach der L. C. ohne die Dazwischenkunft einer mora das geschuldete Objekt casuell untergehe. Daß es sich in l. 5 cit. wirklich um eine stricti juris a. handelt, ist zuvörderst außer Zweifel. Nach der Ueberschrift der Stelle sprach Ulpian von einer obligatio ex stipulatu, jedenfalls aber erzeugt die confessio in jure eine stricti juris obligatio, die actio confessoria, mit welcher der Anspruch aus der confessio verfolgt wird, ist stricti juris. Bekanntlich gilt der confessus pro judicato, das judicatum aber erzeugt eine für sich bestehende obligatio, es ist für sich selbst eine causa obligationis (iudicati obligatio) und die Klage, mit der diese obligatio geltend gemacht wird, die iudicati actio, ist stricti juris (Heffter System §. 118).

Dieß ergibt sich aus

Gajus IV, 180,

wornach die a. iudicati auf: „iudicatum facere oportere" ging, unmittelbar aber für die confessio eben so wohl als für das judicatum aus der uralten, schon in den XII Tafeln anerkannten strengsten Haftung des aere confessus, wie des iudicatus; welche gegen beide zur manus injectio und abductio des Schuldigen berechtigte:

A. Gellius XX, 10.

Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunto, post deinde manus injectio esto [e].

Was nun speziell die Beweiskraft der l. 5 für unsere Frage betrifft, so bezeichnet dieselbe mit dürren Worten die L. C. als den Moment, der über die Haftung des confessus entscheide. Die Stelle spricht von den zwei Fällen: Wenn das Objekt schon zur Zeit der confessio nicht mehr existirt und wenn es nach der über die confessoria actio vorgenommenen L. C. untergeht. Für den letzteren Fall wird die Entscheidung, der Beklagte sei zu verurtheilen, lediglich damit motivirt, daß eben der Tod des Sklaven nach der L. C. erfolgt sei. Dagegen ist nicht einzuwenden: Es handle sich

---

e) Vgl. Puchta Curs. Bd. 3 §. 269.

hier um einen Fall des dolus, der culpa oder der mora, (Savigny Bd. 7 §. 307 Note d,) denn, wenn man auch zugeben muß, daß der confessus, wenn er nach der confessio nicht leistet, dadurch eben sich sehr häufig einer mora schuldig macht, so folgt auf der anderen Seite aus dieser Thatsache, daß eben deßhalb der Moment der L. C. in allen diesen Fällen durchaus irrelevant ist, daß also seine Erwähnung gerade gegen die Annahme einer mora spricht[f], ein Argument, das auch durch die Bemerkung nicht paralysirt wird: die confessio in iure (also der Moment, in welchem die mora, wenn sie überhaupt vorhanden ist, in der Regel eintritt) falle regelmäßig mit der über die confessoria actio vorzunehmenden Litiscontestation in Einen Act zusammen, einmal nemlich ist dieß doch sehr zweifelhaft, dann aber ist dadurch entfernt noch nicht erklärt, warum nicht einfach statt „post litiscontestationem“ gesagt ist „post confessionem.“

Zudem enthält die Stelle einen ganz allgemeinen Ausspruch, sie entscheidet gar nicht etwa blos einen concreten Fall, und, da wir ja andere, ganz unzweifelhafte Zeugnisse für die Haftung des Beklagten von der L. C. an für den casuellen Untergang des Objekts haben, so dürfen, ja müssen wir die Stelle wörtlich verstehen: die Litiscontestation als solche bewirkt die Verurtheiluug des in iure confessus troß dem casuellen Untergang des geschuldeten Objekts — weil die confessoria actio stricti iuris ist.

Gewiß ist das aus der bisherigen Betrachtung der einschlagenden Quellenbelege gewonnene Resultat das allein unbefangene, den einfachen Sinn der klaren Worte wiedergebende, und um so sicherer gut zu heißen, als die Beibehaltung eines ursprünglich bei allen Arten von Klagen (auch bei in rem und bona fidei a.) geltenden Satzes bei den stricti iuris iudicia ganz dem Wesen dieser Gattung

f) Treffend überhaupt und für die Auslegung obiger Stelle speziell ist die Bemerkung Savigny's (Bd. 6 S. 82): „Man kann daher behaupten, daß nicht leicht gerade durch die L. C. eine Mora begründet werden wird, sondern daß sie meist entweder früher vorhanden ist, oder später anfängt, im äußersten Fall freilich mit dem rechtskräftigen Urtheil.“

von Klagen und dem Charakter der Römischen Rechtsentwicklung überhaupt angemessen ist. Freilich stimmt Savigny nicht mit diesem Resultat überein, allein, wie er durchaus nicht etwa durch anderweitige demselben widersprechende Stellen zu seinem abweichenden Ergebniß genöthigt wird, so muß er umgekehrt in die oben näher entwickelten Zeugnisse der Quellen immer erst Etwas hineintragen (mora), was nicht einmal in denselben angedeutet ist.

So kann denn auch nur durch unser Resultat die vielbesprochene

l. 82 §. 1 Dig. de verb. obl. 45, 1 von Ulpian:

„Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus pro inde, ac si homo viveret; et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere,"

ungezwungen erklärt werden. Früher wurde aus dieser Stelle die Entstehung der mora durch jede Litiscontestation an sich abgeleitet, jetzt erklärt sie Savigny[g] so: „der es aus reiner Willkühr, ohne scheinbaren Grund auf den Prozeß ankommen läßt, sei in mora." Keine dieser Erklärungen ist jedoch richtig. Die von Savigny nicht, weil sie wiederum die Stelle zu beschränkt erklärt, einen engeren Sinn annimmt als die Worte gestatten, denn malle heißt einfach: lieber wollen, lieber es darauf ankommen lassen, — rein objektiv, ohne alle Beimischung irgend einer Schuld, durchaus nicht: „aus reiner Willkühr, ohne scheinbaren Grund," lieber wollen, der Gegensatz in obiger Stelle ist einfach und klar der: Freiwillig leisten (restituere) und Prozessiren, die ältere Erklärung aber gibt der Stelle, abgesehen von dem Widerspruch, in den sie dadurch mit anderen unzweifelhaften Stellen versetzt wird, einen viel weiteren Sinn, als in den Worten selbst liegt. Ulpian spricht hier von dem Tode eines aus einer Stipulation geschuldeten Sklaven, und sagt in dem ersten Theil des §. 1, wenn er nach der mora des Promissor sterbe, so hafte dieser dafür; der zweite Theil sagt: Auch derjenige scheine eine mora zu begehen, der den Rechtsstreit der freiwilligen Leistung vorziehe, d. h. zusammengehalten mit den unmittelbar vor-

g) Bd. 6 §. 264 Note d und g §. 273 Note k.

hergehenden Worten: Wenn es aus der Stipulation zum Prozeß kommt und der stipulirte Sklave nach der Einleitung des Prozesses, also nach der Litiscontestation mit Tod abgeht, so wird der Beklagte behandelt, wie wenn er in mora wäre, d. h. er wird dennoch verurtheilt. Diese Erklärung der Stelle wird gewiß Jedermann durchaus ungezwungen und streng den Worten gemäß finden, und es bedarf zu ihrer Rechtfertigung kaum noch eines Worts. Ist es erlaubt, den in dem ersten Satz deutlich ausgedrückten Fall: Tod des aus der Stipulation geschuldeten Sklaven, auch auf den zweiten Satz zu beziehen, und darf man das „videtur" im Sinne von: gleich geachtet, gleich behandelt werden, nehmen, und beides ist gewiß durchaus zulässig, so ist die hier versuchte Erklärung die einzig richtige. Ist aber dieß ihr wahrer Sinn, so liegt in ihr eine wesentliche Bestätigung des von uns für die stricti iuris a. festgehaltenen Prinzips, wie dieses selbst wiederum die kaum versuchte Erklärung unterstützt. Ueberflüssig ist nach All' dem die Bemerkung, daß Ulpian schon an einem andern Orte, l. 5 conf. cit. sich für die Verurtheilung des mit einer stricti iuris a. Belangten trotz dem casuellen Untergang des Objekts ausgesprochen hat.

Der in Vorstehendem versuchten Erklärung der l. 5 widersprechen auch nicht:

l. 63 Dig. R. J. 50, 17 (Julianus).

Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

l. 24 pr. Dig. de usur. 22, 1 (Paulus).

Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit.

Denn sie sprechen nur die allgemeine Regel aus: durch die L. C. an sich werde noch keine mora begründet, was ganz richtig ist, von uns selbst angenommen wird, und mit unserer Auslegung der l. 5 conf. gar nichts zu thun hat. Für uns sagt ja die l. 5 nichts als: Wenn bei einer a. ex stipulatu es zur L. C. kommt, so treffen hinsichtlich des casuellen Untergangs des Objekts den Beklag-

ten dieselben Folgen, wie bei der mora. Diesem Resultate stünden obige Stellen selbst dann nicht entgegen, wenn sie nicht blos sagen wollten: durch die L. C. entstehe nicht der technische Begriff der mora, sondern sogar: die L. C. habe auch nicht die Folgen der mora, denn auch dieses wäre ganz richtig, im Allgemeinen, als Regel wenigstens, selbst bei den stricti iuris a., da ja bei ihnen die andern Folgen der mora, außer dem Haften für casus, durch die L. C. eben nicht eintreten, sogar ausnahmslos aber bei allen Klagen, die nicht stricti iuris sind.

Dem bis hieher über die stricti iuris a. Ausgeführten scheint nun aber zu widersprechen die

l. 14 pr. Dig. de cond. furt. 13. 1 von Julianus.

Si servus furtivus sub conditione legatus fuerit, pendente ea heres condictionem habebit, et si lite contestata conditio extiterit, absolutio sequi debebit, perinde ac si idem servus sub conditione liber esse jussus fuisset, et lite contestata conditio extitisset; nam nec petitoris iam interest, hominem recipere, et res sine dolo malo furis eius esse desiit. Quodsi pendente conditione iudicaretur, iudex aestimare debebit, quanti emtorem invenerit.

Wenn ein gestohlener Sklave unter einer Bedingung legirt ist, so hat der Erbe des Bestohlenen die condictio furtiva (auf Zurückgabe desselben cum omni causa beziehungsweise vollen Schadensersatz), und wenn nach der Litiscontestation die Bedingung eintritt, so muß eine Freisprechung erfolgen, gerade so, wie wenn dem Sklaven unter einer Bedingung die Freiheit ertheilt und nach der Litiscontestation die Bedingung eingetreten wäre; denn der Kläger hat ja kein rechtliches Interesse mehr an der Rückgabe des Sklaven (weil er ihn selbst sofort dem Legator herausgeben müßte), und der Gegenstand hat ja ohne Dolus des Diebs aufgehört im Eigenthum des Klägers zu sein. Wenn daher das Urtheil während Schwebens der Bedingung gefällt wird, dann hat der Richter den Werth anzunehmen (d. h. den Beklagten insoviel zu verurtheilen) als sich ein Käufer für die (durch das bedingte Vermächtniß natürlich im Werth sehr verminderte) Sache finden wird.

Der letzte Satz gehört nicht hieher[h].

Aus dem übrigen Theil der Stelle scheint sich aber zu ergeben: Einmal daß der Beklagte nur für dolus auch nach der Litiscontestation haftet (.... et res sine dolo malo furis eius esse desiit), dann, daß durch den Wegfall des Interesses nach der Litiscontestation die Absolution bewirkt wird, (..... „nam nec petitoris jam interest hominem recipere,") eine doppelte Abweichung von der in dieser Abhandlung vertheidigten Theorie der stricti juris a., wornach der Beklagte trotz dem casuellen Untergang nach der L. C. auch ohne mora verurtheilt, nur auf die Existenz des klägerischen Rechts zur Zeit der L. C. gesehen und das Interesse des Klägers lediglich nach diesem Zeitpunkt beurtheilt werden soll. Es bedarf daher dieser Theil der Stelle einer genaueren Betrachtung.

Was zuerst die Worte: nam nec petitoris iam interest, hominem recipere betrifft, so sagen dieselben unmittelbar und wörtlich verstanden: der Beklagte sei freizusprechen, weil der Kläger kein rechtliches Interesse mehr an der Erfüllung der eingeklagten Leistung (hominem recipere), d. h. die Erfüllung der ursprünglichen obligatio keinen Vermögenswerth mehr für ihn habe. Letzteres ist allerdings insofern ganz richtig, als der Kläger, wenn ihm der Beklagte den gestohlenen Sklaven zurückgibt, denselben sofort dem Legatar herausgeben muß. Es fragt sich nun, ob diese Stelle wirklich in der angebenen Weise zu interpretiren ist? Ist sie es, so ist aus derselben der allgemeine Satz, auch für die stricti juris a. abzuleiten, daß der Wegfall des Interesses, d. h. das Aufhören eines Vermögenswerths der Erfüllung des klägerischen Verlangens für den Kläger die Absolution des Beklagten bewirken soll. Dieser Satz enthielte entschieden eine Modification des Prinzips, daß der Beklagte stets zu verurtheilen sei, wenn er nur zur Zeit der L. C. in der Lage war, verurtheilt werden zu müssen, — übrigens insofern nur indirect,

h) Vgl. damit l. 52 §. 39 Dig. de furt. 47. 2 (v. Ulpian) und Savigny Bd. 5 S. 450. Zu bemerken ist auch noch, daß nach Haloander die Inskription unserer l. 13 nicht: Julianus libro XXII Digestorum, sondern Ulpianus libro XXII ad Edictum lautet.

als das Motiv für die Absolution nicht das Erlöschen der obligatio, sondern der Wegfall des Interesses an deren Erfüllung ist. Denn, wiewohl der Wegfall des Interesses speziell ein Aufhebungsgrund der Obligationen ist, so betrachtet der Jurist doch den obigen Fall offenbar nicht von diesem Gesichtspunkte aus, er argumentirt nicht so: durch den Wegfall des Interesses hört die obligatio auf, also ist der Beklagte freizusprechen, sondern er entscheidet direct, ohne alle weitere Vermittlung, für die Absolution, weil das Interesse aufgehört hat.

Uebrigens gibt es auch noch andere nicht minder zulässige Erklärungen jener Stelle.

Das Interesse des Klägers wird nach dem Schlußsatz der Stelle, wo es zur Verurtheilung kommt, durch den Verkauf des Sklaven mit der auf dem Eigenthum haftenden Gefahr ermittelt, der Beklagte wird in so viel verurtheilt, als ein Käufer für die Sache bietet, diese Ermittlung ist nun aber, nachdem die Bedingung eingetreten ist, absolut unmöglich, weil jetzt eben durch den Eintritt der Bedingung jener zweifelhafte Zustand, durch den der Preis eigenthümlich und speziell bestimmt wurde, verschwunden ist. Oder auch so: In dem concreten Falle, wenn die streitige Sache unter einer Bedingung einem Dritten zugewendet ist, kann das Interesse des Klägers nicht anders ermittelt werden, als durch den Verkauf, dieser Verkauf konnte nun nicht früher vorgenommen werden, als zur Zeit des Urtheils, denn vorher ist es ja noch ganz ungewiß, ob die Klage begründet ist und es würde ja dem Beklagten, der freigesprochen werden muß, durch einen früheren Verkauf das schreiendste Unrecht geschehen, es kann sich also in diesem speziellen Falle die aestimatio immer nur nach dem Moment des Urtheils richten, und in diesem Zeitpunkt reducirt es sich, wenn die Bedingung eingetreten ist, auf 0, der Beklagte ist also in 0 zu verurtheilen, d. h. freizusprechen.

Dem steht auch nicht entgegen, daß nach

l. 8 §. 1 Dig. de cond. furt. v. Ulpian

„id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit .... semper enim moram fur facere videtur," so daß man sagen könnte: der Kläger hat ja das Recht, den höchsten Werth der Sache seit der

Begehung des Diebstahls, also auch den Werth derselben vor dem Tode des Erblassers, also vor der Zeit, da der Werth durch eine bedingte Zuwendung an einen Dritten vermindert wird, zu verlangen; denn es ist gar nicht einmal gewiß, daß in obiger Stelle der Sklave schon zur Zeit des Lebens des Erblassers gestohlen wurde (aus den Worten: „si servus furtivus sub conditione legatus fuerit" geht es nicht hervor), überdieß ergibt sich aus

l. 2 §. 3 Dig. de priv. del. 47, 1 gleichfalls von Ulpian: Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva (s. c. servus), an nihilominus lege Aquilia agi possit. Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva; namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, **condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus"** .....

daß unter den Juristen der classischen Zeit eine Controverse darüber bestand, ob bei der cond. furtiva die Schätzung nach der Zeit der Litiscontestation (in Uebereinstimmung mit der allgemein bei stricti juris a. geltenden Regel) oder nach der Zeit des Verbrechens vorzunehmen sei? Pomponius war entschieden der ersten Ansicht, Ulpian referirt sie nur, Julian kann gar wohl der Ansicht des Pomponius gewesen sein. Auch das „Placet tamen" in

l. 1 §. 1 Dig. h. t.

weist deutlich auf eine Controverse über die Zeit der Aestimation bei der cond. furtiva hin.

Da nun diese anderen Erklärungen mit den fraglichen Worten und dem ganzen übrigen Inhalt der Stelle sehr wohl vereinbar sind, so möchte es gewagt sein, jene weiter gehende Folgerung aus der Stelle zu ziehen, obwohl, auch wenn man sie zieht, damit das Fortbestehen des Prinzips hinsichtlich der anderen Erlöschungsgründe außer dem Wegfall des Interesses sehr wohl vereinbar erscheint, indem die Verurtheilung des Beklagten, trotz dem, daß die Erfüllung der obligatio gar keinen Vermögenswerth mehr für den Kläger hat, wirklich exorbitant ist.

Was nun noch die Worte: „et res sine dolo malo furis eius esse desiit“ (in l. 13 Dig. cit. h. t.) betrifft, welche außer dem: „nec petitoris iam interest, hominem recipere“ die Absolution des Beklagten rechtfertigen sollen, so sind sie im concreten Falle insofern ganz richtig, als sie eine thatsächliche Wahrheit aussprechen, juristisch aber ganz unzutreffend, weil durch die Abwesenheit des dolus malus sonst durchaus nicht der Verlust des Eigenthums des Klägers gerechtfertigt und der Beklagte befreit wird, dieser vielmehr, da der Dieb ja immer in mora ist, auch für den casuellen Untergang haftet. Vielleicht wollte mit den fraglichen Worten das angedeutet werden, daß der Diebstahl mit dem Verlust des Eigenthums für den Kläger in gar keinem Causalzusammenhang stehen könne, daß ja das Eigenthum entschieden für den Kläger ebenso verloren gegangen wäre, auch wenn der Diebstahl gar nicht stattgefunden hätte, dann haben die Worte allerdings einen guten Sinn und enthalten die Anwendung des Rechtssatzes, wornach die Verpflichtung des Beklagten zum Einstehen für den zufälligen Verlust des streitigen Objekts dann eine Ausnahme leidet, wenn der Kläger, selbst im Fall des rechtzeitig eingeräumten Besitzes der Sache, nicht im Stande gewesen wäre, den Verlust von sich abzuwenden. Keinenfalls wird aber durch obigen Entscheidungsgrund die feststehende Theorie über die Haftung des Diebs selbst für casus irgend alterirt.

Nach der in

l. 47 §. 6 Dig. de leg. 1 (30)

von Ulpian enthaltenen Andeutung galt, was schließlich noch zu erwähnen ist, auch bei stricti iuris a. die kaum gedachte Ausnahme von der Haftung für den casuellen Verlust der streitigen Sache.

In dem Bisherigen war lediglich von Fällen, welche dem ordo judiciorum angehörten, die Rede, nun ist noch ein Fall der extraordinaria cognitio anzuführen.

Nach der Lex Julia sollte die Klage gegen einen Freigelassenen auf eine operarum obligatio ausgeschlossen sein, wenn der Libertus zwei Kinder hatte,

l. 37 pr. Dig. de operis libert. 38, 1 (Paulus),

nun heißt es aber in

§. 6 eod.

Julianus, etiam si petitae sunt operae, liberis sublatis absolutionem faciendam,

d. h. wenn die Kinder auch erst nach der L. C. (aber vor dem Urtheil) geboren werden, soll der Beklagte freigesprochen werden.

Aus dieser Entscheidung, welche allerdings eine Abweichung von dem Prinzip, daß der Beklagte verurtheilt werden müsse, wenn er nur zur Zeit der L. C. in der Lage gewesen sei, verurtheilt zu werden, enthält, ist jedoch nicht einmal für die extraord. cognitiones selbst irgend etwas Weiteres herzuleiten, da das ganze durch die L. Julia eingeführte Privilegium eine durchaus exceptionelle Natur hat und überall, wo es irgend möglich ist, zur Begünstigung des Kinderhabens Ausnahmen von dem sonst geltenden Rechte gemacht werden.

§. 12.

Von §. 9 an sind die uns erhaltenen Zeugnisse der Quellen über die Modificationen, welche unser Prinzip noch zur Zeit der classischen Jurisprudenz erlitten hat, betrachtet worden. Zugleich ergab sich auch, daß das Prinzip noch in vielen Beziehungen festgehalten wurde, es ist nun noch übrig, einen bisher nicht erörterten Grund des Erlöschens nach der L. C.: — Usucapion des Eigenthums, longi temporis praescriptio und non usus einer Servitut in's Auge zu fassen. Daß die Usucapion durch die Litiscontestation zur Zeit des classischen Römischen Rechts nicht unterbrochen, von dem Beklagten vielmehr nach derselben fortgesetzt und beendigt werden und so das Recht des Klägers erlöschen konnte, hat keinen Zweifel [a]. Wenn dieß nun wirklich geschieht, so wird der Beklagte durchaus nicht absolvirt, sondern verurtheilt, das von ihm erworbene Eigenthum auf den Kläger zurückzuübertragen, wozu im älteren

---

a) Savigny Bd. 6 S. 55 ff. Keller S. 173 ff. vgl. Arndts Pand. §. 163 Anm. 2. Ueber die longi temporis praescr. in dieser Richtung s. noch Puchta Curs. d. Inst. §. 239 Note y.

Recht häufig Mancipation oder in jure cessio nöthig war (bei res mancipi), aber auch (bei res nec mancipi) Tradition genügen konnte. Es ergibt sich dieses Resultat und zugleich seine Zurückführung auf das in dieser Abhandlung an die Spitze gestellte Prinzip aus folgenden Belegen:

l. 18 Dig. de rei vind. 6, 1.

(Gajus libro VII ad ed. prov.)

Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere; periculum est enim, ne eum vel pignoraverit, vel manumiserit. (Tradere ist eine Interpolation, da zu Gajus' Zeit ein Sklave, als res mancipi, nicht durch Tradition, sondern nur durch mancipatio oder in jure cessio in's Eigenthum übertragen werden konnte.)

l. 20 Dig. de rei vind. 6, 1.

(Gajus eodem loco).

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua acquisivit. In quo hereditates quoque legataque, quae per eum servum obvenerunt, continentur; nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem ejus, post acceptum scilicet judicium, possessor usuceperit; quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est.

cf. l. 21 eod. (Paulus.)
l. 8 §. 4 Dig. si serv. vind. 8, 5 (Ulp.)
l. 2 §. 21 Dig, pro emt. 41, 4 (Paul.)
l. 35 Dig. V. S. 50, 16 (Paul.)

Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam, et fructuum.

Dieselben Grundsätze, wie bei der rei vindicatio, werden entwickelt bei der actio ad exhibendum, welche, obwohl eine persönliche

Klage, doch in vielen Beziehungen gesetzlich den in rem a. gleichgestellt ist:

l. 9 §. 5 u. 6 Dig. ad exhib. 10, 4.
(Ulp. lib. XXIV ad Edictum.)

§. 5. Quantum enim ad hanc actionem attinet, exhibere est in eadem causa praestare, in qua fuit, quum iudicium acciperetur, ut quis copiam rei habens possit exequi actione, quam destinavit, in nullo casu, quam intendit laesa, quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur. §. 6. Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse, quum petitor intentionem suam perdiderit; et ideo absolvi eum non oportere, nisi paratus sit, repetita die suscipere intentionem ita, ut fructus secundum legem aestimentur. —

Ebenso ist es mit der longi temporis praescr. Sie wird trotz der L. C. vollendet, der Beklagte aber gleichwohl verurtheilt.

l. 26 Cod. de rei vind. 3, 32.
(Von Diocletian und Maximian 294—305)

Morae litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur.

l. 10 Cod. de praescr. l. temp. 7, 33. (Von denselben.)

Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio, post moram litis contestatae complita, proficit, quum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.

Ganz so verhält es sich, wenn eine Servitut durch die actio confessoria verfolgt wird, und während des Prozesses, nach der L. C. die für das Erlöschen durch non usus bestimmte gesetzliche Frist abläuft. Die Servitut geht unter, aber der Beklagte wird verurtheilt, sie wieder herzustellen: durch in iure cessio und mancipatio (letztere bei den serv. praediorum rusticorum).

l. 5 §. 5 Dig. si ususfr. 7, 6.
l. 10 Dig. de usufr. accr. 7, 2.
l. 8 §. 4 Dig. si serv. vind. 8, 5.

Sämmtlich aus Ulpianus, libro XVII ad Edictum.

Aus der ganzen bisherigen Entwicklung unseres Prinzips, von den Anfängen des Römischen Rechts bis auf das Ende der classischen Jurisprudenz, wird es auch allein klar, wie selbst noch die letzten classischen Juristen, wo sie eine abstrakte Regel über den Einfluß der L. C. auf das materielle Recht aufstellen, sich dahin ausdrücken: der Beklagte habe dem Kläger Alles das zu leisten, was der Letztere gehabt hätte, wenn er zur Zeit der L. C. befriedigt worden wäre. Diese abstrakte Regel ist allerdings als solche nicht schon ursprünglich und von jeher ausgesprochen worden, aber materiell galt sie schon in der ältesten Zeit, ja in dieser Zeit gerade am strengsten und ausnahmslos, wenn auch, wie gesagt, ohne den entsprechenden allgemeinen, abstrakten Ausdruck, vielmehr nur in ihren einzelnen praktischen Consequenzen ausgedrückt, während dann später, namentlich bei den in rem, den actiones in personam, welche gleichfalls arbitrariae und denjenigen, welche bonae fidei sind, die Regel manche Modificationen erlitten hat.

Es ist daher im Wesentlichen, mit Abzug einzelner Ausnahmen, richtig und keineswegs eine den Juristen zum Vorwurf gereichende zu allgemeine Ausdrucksweise, die wir in folgenden Stellen finden:

Bei actiones in rem:

der von Paulus in l. 40 pr. Dig. H. P. 5, 3 berichtete Ausspruch der oratio D. Hadriani bei der hereditatis petitio:

„ ... ut post iudicium acceptum id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas."

Bei der rei vindicatio:

l. 20 Dig. de R. V. von Gajus,

l. 35 Dig. de V. S. von Paulus (beide oben wörtlich gegeben),

l. 75 eod. gleichfalls von Paulus:

Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset,

l. 35 §. 1 Dig. R. V.

... et quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?

Bei der actio ad exhibendum:

l. 9 §. 5 u. 6 citt.

Für stricti juris a.:

l. 31 Dig. de reb. cred. 12, 1 (Paulus).

Quum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.

l. 91 §. 7 Dig. de leg. 1 (30) (Julianus).

Quum homo ex testamento petitus esset, causa ejus temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori ..... [b].

Gewiß ist letztere Stelle von einer actio personalis ex testamento auf Ausbezahlung eines Legats (per damnationem oder sinendi modo), also einer condictio, zu verstehen, nicht von einer vindicatio, sie gehört also recht eigentlich hieher.

Alle diese Stellen lassen selbst wieder zurückschließen auf eine allgemeine Geltung des Prinzips, daß der Beklagte ohne Rücksicht auf die nach der L. C. eingetretenen, das klägerische Recht ipso jure oder ope exceptionis aufhebenden Ereignisse verurtheilt werden mußte, wenn die intentio des Klägers zur Zeit der L. C. begründet war. Jene Ausdrucksweise wäre unerklärlich, hätte nicht dieses Prinzip, wenn auch später nicht ohne Ausnahmen, gegolten, und hätte man nicht diese Ausnahmen eben als Ausnahmen mit

---

b) Hier ist noch eine sprachliche Bemerkung anzuknüpfen: das Imperfectum habiturus esset könnte man leicht wörtlich nehmen und von der Zeit der Urtheilsfällung, d. h. dahin verstehen, der Beklagte habe dem Kläger alles Das zu leisten, was dieser jetzt, zur Zeit des Judicats haben würde, wenn er zur Zeit der L. C. befriedigt worden wäre. Dieß wäre jedoch nicht richtig, denn es wäre damit die Verurtheilung trotz dem casuellen Untergang sehr häufig nicht vereinbar, und die l. 91 §. 7 cit. weist ganz entschieden auf den Zeitpunkt der L. C. hin. Wir haben daher das Imperfectum „habiturus esset, foret" für das Plusquamperfectum „habiturus fuisset" zu nehmen, wie denn selbst bei Schriftstellern des goldenen Zeitalters, z. B. Cicero, bisweilen das Imperfectum statt des Plusquamperfectum entweder im Haupt- und im Nebensatz, oder im Nebensatz oder im Hauptsatze allein steht.

Rücksicht auf die ursprüngliche ganz stricte Geltung selbst später noch betrachtet.

§. 13.

Wie weit im Einzelnen am Ende der classischen Jurisprudenz die Modificationen des Prinzips gingen, können wir nicht genau sagen, da uns außer den bisher betrachteten keine weiteren Zeugnisse der Quellen darüber erhalten sind. Die Richtung der eingetretenen Aenderung läßt sich jedoch eben in Gemäßheit des bisher Erörterten im Allgemeinen dahin charakterisiren, daß bei den actiones bonae fidei, den a. in rem und den a. arbitrariae, welche in personam gerichtet sind, denjenigen nach der L. C. eingetretenen Aufhebungsgründen des klägerischen Rechts die Wirkung der Absolution des Beklagten beigelegt wurde, durch deren Nichtbeachtung dem Kläger ein Gewinn erwachsen würde, den er selbst dann nicht gemacht hätte, wenn ihn der Beklagte zu rechter Zeit befriedigt hätte, oder, dasselbe vom Standpunkte des Beklagten ausgedrückt: durch deren Nichtbeachtung der Beklagte einen Nachtheil zu vergüten hätte, den der Kläger auch erlitten haben würde, wäre ihm zu rechter Zeit geleistet worden. Bei den stricti juris judicia dagegen blieb es im Wesentlichen durchaus bei den starren Consequenzen des alten Grundsatzes, daß durch die L. C. die Bedingungen des Urtheils fixirt seien.

Ob in der Periode vom Ende der classischen Jurisprudenz bis Justinian Weiteres an dem alten Grundsatze geändert wurde, darüber sind uns keine Quellenzeugnisse geblieben, es ist aber billig zu bezweifeln, schon mit Rücksicht auf das, was uns von dem alten Recht noch in Justinian's Compilation mitgetheilt wird, insbesondere ist ein wesentlicher Einfluß der Aufhebung des Formularverfahrens, des ordo judiciorum auf das fragliche Prinzip nicht zuzugeben.

Abgesehen davon, daß selbst noch nach der Aufhebung des ordo judiciorum, nach Diocletian, noch das litigare per formulas eine Zeit lang im Gebrauch blieb, stand unser Prinzip mit dem Formularverfahren gar nicht in einem Causalverhältniß, überhaupt in keinem engeren Zusammenhang, galt es ja doch schon vor der Entstehung des Formularverfahrens, zur Zeit der legis actiones. Insbesondere

wäre es ein großer Irrthum, wollte man den durch die Aufhebung des Formularverfahrens allerdings erloschenen Unterschied zwischen den bonae fidei a. einer- und allen andern Klagen andererseits hinsichtlich der Nothwendigkeit des Vorbringens der exceptiones schon am Anfang des Rechtsstreits vor dem Magistrat zum Zweck der Aufnahme in die Formel hieher ziehen und behaupten, weil von da an bei allen Arten von Klagen die Exceptionen beachtet werden mußten, wenn sie nur vor rechtskräftiger Entscheidung der Sache vorgebracht wurden, so müsse unsere Frage von da an bei den stricti juris a. gerade so wie bei den bonae f. judicia beurtheilt, oder gar: es müsse von da an jeder Erlöschungsgrund nach der L. C. überhaupt beachtet und der Beklagte absolvirt werden. Sowohl die eine als die andere Folgerung wird auf's Bündigste widerlegt durch die Betrachtung, daß ja schon in dem Formularprozeß der Juder wegen der das Recht des Klägers ipso jure aufhebenden, die intentio selbst als nicht begründet darstellenden Momente, wenn sie nach der L. C. eintraten, nicht absolviren durfte, obwohl das Vorbringen solcher Momente an sich nicht an die Zeit der Conception der Formel geknüpft, ihre Beachtung vielmehr dem Richter schon durch die bedingte Fassung der Formel: si paret — si non paret auferlegt war. In der That es hing dieses Prinzip mit der Frage über die Nothwendigkeit der Aufnahme gewisser Arten der Vertheidigung in die Formel gar nicht zusammen.

Ebensowenig als die bisher bekämpfte Auffassungsweise kann die Ansicht Buchka's (Thl. 2 S. 44 ff.) gebilligt werden. Er spricht sich so aus:

„Folgt aus dem Bisherigen, daß die Prozeßobligation auch im Justinianischen Recht nach Verschiedenheit der Klagen verschieden ausgelegt und daher fortwährend bei der einen buchstäblich das „pecuniam condemnari oportere," bei der andern dagegen das ursprüngliche Objekt des klägerischen Rechts als Gegenstand derselben angesehen wurde, so zwingt uns doch die Umgestaltung des Exekutionsverfahrens, derzufolge im neuesten Römischen Rechte auch eine Naturalleistung des ursprünglichen Klageobjekts erzwungen werden

konnte, zu einer wesentlichen Einschränkung des so eben entwickelten Resultates. Es leuchtet nemlich ein, daß da, wo die Naturalexekution stattfindet, nicht mehr von dem den stricti juris judicia eigenthümlichen Gedanken, daß die Litiscontestation die ursprüngliche Verbindlichkeit in eine Geldschuld verwandle, die Rede sein kann, und folglich auch die Consequenzen dieses Gedankens wegfallen müssen, vermöge deren der Augenblick der Litiscontestation für die Aestimation als entscheidend angesehen und der spätere casuelle Untergang des ursprünglichen Objekts nicht beachtet wird. Consequenterweise müssen wir daher behaupten, daß bei allen den Arten von Prozessen, für welche die Naturalexekution zugelassen wurde, die Interpretation der Prozeßobligation die einzig mögliche war, welche in der classischen Zeit nur bei den freien Klagen vorkam, und ihren Schwerpunkt in dem Satz findet, daß die Verpflichtung zur Leistung des ursprünglichen Objekts den wahren Kern der Prozeßobligation bilde, und durch die Litiscontestation lediglich die causa und der formelle Bestand des klägerischen Rechts geändert werde." Die Zulässigkeit der Naturalexekution sucht nun Buchka für jeden Anspruch auf ein restituere und exhibere, werde er mit einer actio stricti iuris oder bonae fidei verfolgt, nachzuweisen, und begreift unter dem restituere insbesondere jedes einfache Herausgeben, nicht blos das Wiederherausgeben. Dieser Anschauungsweise steht jedoch Folgendes entgegen.

Zunächst ist die Anknüpfung an die Exekution überhaupt ungenau, entscheidend von dem Standpunkte Buchka's selbst muß lediglich das Urtheil sein, und die von Buchka behauptete Aenderung hinsichtlich unseres Prinzips mußte ganz gleichen Schritt halten mit der Einführung der Verurtheilung auf den eigentlichen Gegenstand der Verpflichtung und mit der Abschaffung der Nothwendigkeit der Geldcondemnation. Auf den eigentlichen Gegenstand der Verpflichtung aber lautete, wenigstens nach Justinianischem Recht, das Urtheil immer und in allen Fällen, während die Exekution auch nach Justinianischem Recht nur bei den Sachleistungen im weiteren Sinne, im Gegensatz zu anderen Hand-

lungen, nicht aber bei letzteren, bei Ansprüchen auf ein facere im engeren Sinne, auf die Leistung selbst gerichtet war[a].

Es ist aber der Standpunkt, von dem aus Buchka argumentirt, überhaupt durchaus nicht der richtige. Wie bereits oben nachgewiesen wurde, betrachtet das classische Römische Recht auch bei den a. stricti iuris die durch die Litiscontestation neu erzeugte obligatio gar nicht als Verwandlung des ursprünglichen Anspruchs in eine auf Geld gehende obligatio, zudem erschiene unser Prinzip, auch wenn wirklich in der L. C. eine Verwandlung in eine lediglich auf Geld gerichtete obligatio gelegen wäre, wie die ganze bisherige Ausführung mehr als genügend dargethan hat, jedenfalls als von diesem Satze unabhängig und als selbstständig, man erinnere sich nur daran, daß er auch bei denjenigen Klagen, bei welchen nach B. der Anspruch noch nach der L. C. auf den ursprünglichen Gegenstand gerichtet blieb, zur Anwendung kam: Verurtheilung des Beklagten bei der formula petitoria trotz dem casuellen Untergang des vindicirten Objekts nach der L. C. wenigstens nach der Ansicht von Proculus! Ueberdieß ist Buchka's Argumentation unmittelbar aus dem neueren Recht selbst zu widerlegen. Wäre sie richtig, so müßte, da nach Justinianischem Recht (auch der speziellen Ausführung Buchka's über l. 17 Cod. de fid. libert. 7, 4 zufolge) bei den stricti iuris a. das Urtheil stets auf den ursprünglichen Gegenstand der Forderung, ja selbst die Exekution, wo die obligatio nicht auf ein Handeln, sondern auf eine Sachleistung ging, unmittelbar auf das ursprüngliche Objekt gerichtet war, unser Prinzip auch bei den stricti iuris a. durchaus wegfallen und sowohl im Fall der freiwilligen Befriedigung als des casuellen Untergangs nach der L. C. von da an Absolution des Beklagten erfolgt sein, während wir, was die Befriedigung nach der L. C. betrifft, bis auf Justinian Spuren des Fortbestehens der alten Controverse haben, und sogar noch nach Justinianischem Recht in Gemäßheit der Ausführung

---

a) Vgl. darüber die ausführliche und treffliche neunte Erörterung von Wächter. Savigny Bd. 6 §. 287 bei Note o.

in §. 11 oben der Beklagte trotz dem casuellen Untergang des geschuldeten Objekts (ohne mora) verurtheilt werden muß.

Unter diesen Umständen ist es nahezu überflüssig, gegen B. weiter daran zu erinnern, daß noch nach Justinianischem Recht bei allen a. stricti iuris unzweifelhaft „der Augenblick der Litiscontestation für die Aestimation als entscheidend angesehen wird."

Dritter Abschnitt.

Das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der L. C. im justinianischen sowie im heutigen gemeinen Recht.

§. 14.

Was die Entscheidung der Frage über das Erlöschen des Rechts nach der L. C. in Gemäßheit und im Sinne der Justinianischen Compilation betrifft, so ist vor Allem die allgemeine Bemerkung wichtig, daß wir es hier mit einer geschlossenen Gesetzgebung zu thun haben und wir daher aus den einzelnen Entscheidungen, welche die Compilation bezüglich unserer Frage enthält, allgemeine Prinzipien, welche Justinian als solche eben nicht aufgestellt hat, abstrahiren dürfen und müssen, während die einzelnen Modificationen des alten Prinzips, die wir als in den Zeiten der classischen Jurisprudenz nach und nach eingetreten kennen gelernt haben, einen stringenten Schluß auf die Aufhebung des alten Grundsatzes überhaupt für jene Zeiten nicht begründen konnten. Die Entscheidungen der Justinianischen Compilation, für welche die Quellenbelege beinahe sämmtlich schon das Bisherige enthält, sind nun folgende.

Bei den in rem actiones bewirkt der nach der L. C. eingetretene casuelle Untergang des vindicirten Objekts Absolution, wofern der Beklagte nicht malae fidei possessor ist, der Letztere ist wegen des nach der L. C. eingetretenen casuellen Untergangs zu condemniren

l. 40 pr. Dig. de hered. pet. 5, 3

ausgenommen, der Kläger hätte, wäre ihm schon am Anfang des Prozesses restituirt worden, gleichfalls den Verlust nicht abzuwenden vermocht. Dagegen soll den Beklagten die nach der L. C. eingetretene Usucapion und die nach diesem Zeitpunkt erfolgte Erlöschung der Servituten durch non usus nicht befreien, er wird doch verurtheilt[a].

---

a) Den Beweis, daß diese Bestimmung noch practisch ist und durch die L. C. weder die Usucapion noch die mit ihr verschmolzene longi temporis praescr. unterbrochen wird, s. bei Savigny Bd. 6, S. 56 ff.

Die Belege hiefür sind schon in §. 12 oben gegeben, es ist denselben nur beizufügen:

§. 3 Inst. de off. jud. 4, 17

„Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est, sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilo minus condemnabitur......

Bei den a. in personam, welche freie Klagen sind, ist die Haftung für casus lediglich auf die mora als das entscheidende Moment reducirt, l. 12 §. 3 Dig. depos. 16, 3 ist daher entweder nur aus Versehen aufgenommen worden, oder, eben weil alle übrigen Stellen der Justinianischen Compilation die Haftung für den casuellen Untergang des Objekts blos von der mora abhängig machen, in Justinians Sinn gleichfalls von einem Fall der mora zu verstehen. Uebrigens findet sich auch hier dieselbe Ausnahme von dem Einstehen für casus, die oben erwähnt wurde.

Hieher gehört ferner die Entscheidung der

l. 7 §. 7 Dig. ad exhib. 10, 4

wornach das Interesse an der Restitution auch zur Zeit des Urtheils vorhanden sein muß.

Eine Stelle, welche die Verurtheilung trotz dem Erlöschen des klägerischen Rechts nach der L. C. vorschriebe, findet sich bei diesen Klagen nicht[b].

Dagegen haftet bei den stricti juris a. der Beklagte von der L. C. an auch für den casuellen Untergang, außer dem Fall, daß der Kläger selbst ihn abzuwenden nicht vermocht hätte. Auf der anderen Seite müssen wir die (§. 11 oben bereits näher betrachtete) l. 14 pr. Dig. de cond. furt. 13, 1 im Sinne der Justinianischen Compilation wohl dahin verstehen, daß der Wegfall des Interesses an der obligatio (stricti j.) nach der L. C. Absolution bewirkt. Es besteht

---

b) l. 37 §. 6 Dig. de oper. libert. 38, 1 ist ganz singulären Inhalts.

nemlich zwischen dem classischen und dem späteren, insbesondere dem Justinianisch-Römischen Recht insofern ein wesentlicher Unterschied, als in jenem jede Verurtheilung auf Geld, in diesem auf das ursprünglich geschuldete Objekt selbst ging, so daß also, wo das Interesse an der Erfüllung der ursprünglichen obligatio aufgehört hat, nach dem späteren Recht auch kein Interesse mehr an der Verurtheilung selbst vorhanden ist. Diese Veränderung des geltenden Rechts berechtigt uns sicherlich, die l. 14 pr. cit. als Theil der Compilation in obigem Sinne zu verstehen, während diese Auffassung derselben vom Standpunkt des classischen Rechts zweifelhaft bleibt, ja wir müssen die l. 14 pr. in jenem Sinne darum verstehen, weil wir vom Standpunkt des Justinianischen Rechts den Schlußsatz der Stelle nicht mehr als Stützpunkt für eine anderweitige Erklärung benützen können, nach Justinianischem Recht kann es sich nämlich niemals in dem fraglichen Falle von einem Verkauf des Objekts behufs des Werthanschlags handeln, da ja die Verurtheilung nicht mehr auf Geld, sondern immer auf den Gegenstand des Streits selbst geht. Daher ist insbesondere in den Fällen der Beklagte zu absolviren, wo nach der L. C. ein Dritter, sei es aus welchem Grund immer, einen Anspruch auf das Streitobjekt, auf welches das Recht des Klägers erloschen ist, erwirbt, so daß der Kläger, würde ihm freiwillig oder in Folge des richterlichen Urtheils geleistet, das Empfangene sofort jenem Dritten heraus zu geben hätte.

Der Grundsatz: omnia iudicia esse absolutoria, ist in §. 2 Inst. de perpet. 4, 12 von Justinian gebilligt.

Auch das transactum wird nach Justinianischem Recht, wahrscheinlich schon seit Diocletian, selbst bei den stricti juris a. beachtet, und der Beklagte auf Grund desselben absolvirt; es wird nämlich ganz allgemein, ohne Unterschied zwischen strengen und freien Klagen und zwischen dem Abschluß vor oder nach der L. C. dem Urtheil gleich gestellt,

l. 16 l. 20 Cod. de transact. 2, 4.

(von Diocletian und Maximian 294—305).

Dieß war erst seit der Aufhebung des Formularverfahrens

prozessualisch möglich geworden, da das transactum als nudum pactum (selbst nach Justinianischem Recht) nur eine exceptio (pacti conventi) gibt,

l. 17 l. 24 l. 36 l. 28 Cod. eod.

(von denselben) zur Zeit des Formularverfahrens aber eine exceptio, die nicht in der formula stand, nicht berücksichtigt werden durfte. Natürlich mußten von da an jedenfalls auch eine novatio und eine acceptilatio, obwohl sie nach der L. C. erst vorgenommen wurden, beachtet werden.

Uebrigens scheinen die Römer die Verträge der Partien über das im Prozeß befangene Rechtsverhältniß nicht von dem Standpunkte des in Vorliegendem behandelten Prinzips, sondern von dem Gesichtspunkt der Beendigung des Rechtsstreits, eines Surrogats des Urtheils aus betrachtet zu haben, wie schon oben bemerkt wurde.

In Vorstehendem sind sämmtliche einzelnen Entscheidungen des geschlossenen Justinianischen Gesetzeswerks, welche sich auf unsere Frage beziehen, angeführt worden, eine prinzipielle Entscheidung über dieselbe findet sich in der Compilation nicht, namentlich ist eine solche in den Stellen, in welchen gesagt wird, es sei dem Kläger Alles dasjenige zu leisten, was er gehabt haben würde, wenn er zur Zeit der L. C. befriedigt worden wäre, nicht enthalten, denn dieser Ausspruch ist nirgends als ein selbstständiger, prinzipieller gegeben, sondern nur als Erklärungsgrund einzelner Entscheidungen, und zwar gerade solcher Entscheidungen, welche nicht mit unserem Prinzip in Verbindung stehen, sondern mit der erst später in den Vordergrund tretenden, wesentlich anderen Rücksicht, daß der Beklagte keinen Gewinn aus dem Prozessiren selbst ziehen soll (vgl. §. 12 a. E. wo die betreffenden Stellen sich finden).

Betrachtet man nun jene einzelnen Entscheidungen und vergegenwärtigt man sich, daß sie das Einzige sind, was die geschlossene Compilation in Beziehung auf unsere Frage enthält, so kann das Resultat nur dieses sein:

Das alte Prinzip, wornach der Beklagte zu verurtheilen ist, wenn nur das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. begründet war,

mag es auch noch vor dem Urtheil erloschen sein, gilt im Justinianischen Recht **nicht** mehr, hier kann vielmehr der Beklagte wegen Erlöschens des klägerischen Rechts nach der L. C. freigesprochen, es darf ein derartiges Ereigniß vom Richter berücksichtigt werden, und zwar eben sowohl bei den strengen, als bei den freien Klagen, nur daß bei den ersteren noch aus dem alten Recht der einzelne Satz herübergenommen worden ist, der casuelle Untergang des Objekts nach der L. C. könne den Beklagten nicht befreien.

Die aufgezählten Entscheidungen der Compilation enthalten nämlich lauter Beispiele der Berücksichtigung der nach der L. C. erfolgten Aufhebung des klägerischen Rechts mit Ausnahme des casuellen Untergangs des Objekts bei den stricti juris a. Dagegen ist bei den letzteren auch im Justinianischen Recht ein althergebrachter, mit dem Prinzip der Fixirung des Prozesses in der L. C. unzweifelhaft zusammenhängender Satz geblieben, der Satz nämlich, daß die Schätzung des Gegenstands des Rechtsstreits sich nach der Zeit der Litiscontestation richtet

l. 3 §. 2 Dig. commod. 16, 3 (Ulpian.)
l. 37 Dig. mand. 17, 1 (African.)
l. 4 Dig. de cond. tritic. 13, 3 (Gajus)
l. 22 Dig. de reb. cred. 12, 1 (Julian.)
l. 3 Dig. de cond. tritic. (Ulpian)[c]

dieß kann jedoch an obigem Resultat für das Justinianische Recht nichts ändern, denn die Vorschriften für die Zeit der Schätzung stehen, obwohl historisch aus demselben Prinzip herzuleiten, doch mit der Frage über das Erlöschen des Rechts nach der L. C. in keinem inneren, bedingenden Zusammenhang.

Sind doch überhaupt die wesentlichsten Unterschiede in prozessualischer Beziehung zwischen stricti juris und bonae f. a. im Justinianischen Recht erloschen. Mit all Dem ist aber durchaus nicht gesagt, daß nun **jedes** Erlöschen des klägerischen Rechts nach der

---

c) Vgl. über diese viel bestrittene Stelle die vortreffliche, durchaus annehmbare Erklärung Savigny's in §. 276.

L. C. zur Absolution des Beklagten führen müsse, vielmehr gibt uns die Entscheidung der Compilation hinsichtlich des Erlöschens des klägerischen Rechts durch Usucapion und non usus nach der L. C. einen entschiedenen Anhaltspunkt für das im Justinianischen Recht bezüglich der Einwirkung der L. C. auf die Erhaltung des klägerischen Rechts geltende Prinzip.

Der Beklagte ist, unerachtet das Recht des Klägers nach der L. C. erlischt, immer dann zu verurtheilen, wenn dieses Erlöschen wesentlich durch die in Folge des Prozessirens eingetretene Zögerung herbeigeführt wird.

Gerade dieses Prinzip liegt nämlich eben jenen Entscheidungen in Betreff der Usucapion und des non usus zu Grunde, ja es ist in denselben deutlich ausgesprochen:

§. 3 Inst. de off. jud.

... Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore nihilo minus condemnabitur" ....

verglichen insbesondere mit

l. 26 Cod. de rei vind. 3, 32

und

l. 10 Cod. de praescr. l. temp. 7, 33

(beide Stellen oben in §. 12)[d].

Begreiflich sind unter obiges Prinzip nicht nur die Fälle der Verjährung zu subsumiren, d. h. die Fälle, in welchen das betreffende Recht gesetzlich durch den Ablauf einer bestimmten Zeit erlischt (s. g. erwerbende und erlöschende Verjährung), dieß wird schon dadurch widerlegt, daß die ganz verschiedenen und auch von den Römern selbst juristisch unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten

---

d) Mora hat in diesen Stellen durchaus nicht die technische Bedeutung, die es in einem engeren Sinn im Obligationenrecht hat, sondern ist rein objektiv zu verstehen, wie der oben gebrauchte Ausdruck: „Zögerung", für: Aufschub, Zeitdauer, wie denn namentlich im Römischen Recht der Ausdruck „inter moras" gewöhnlich in diesem weiteren Sinne, d. h. = interim gebraucht wird cf. l. 15 Dig. de negot. gest. 3, 5 (Paulus). l. 49 Dig. H. P. 5, 3 (Papin.). l. 33 Dig. R. V. 6, 1 (Paul.). l. 60 §. 4 Dig. d. ritu nupt. 23, 2 (Paul.). l. 28 Dig. de admin. et per tut. 26, 7 (Marcell.).

betrachteten Fälle des non usus bei den Servituten, der longi temporis praescriptio und der Usucapion in Beziehung auf unsere Frage ganz gleich behandelt werden, das diesen Rechtsinstituten Gemeinschaftliche, daß vermöge gesetzlicher Vorschrift durch die eine Zeit hindurch fortgesetzte Ausübung, beziehungsweise Nichtausübung, eine Veränderung in Rechten bewirkt wird, ist vielmehr hier ganz gleichgiltig, das Entscheidende nur das, ob der Beklagte wesentlich deßhalb absolvirt werden müßte, weil er prozessirt hat? Ueberall, aber auch nur da, wo diese Frage zu bejahen ist, ist auch der Beklagte zu verurtheilen.

Welche Fälle hieher gehören, läßt sich im Einzelnen unmöglich bestimmen, es ist dieß eine rein casuistische Frage, ein Beispiel aus dem practischen Rechtsleben wird unten näher erörtert werden. Wesentlich bestätigt wird das kaum Gesagte durch das Motiv, welches den betreffenden Entscheidungen der Compilation beigefügt ist: der Kläger solle das haben, was er gehabt hätte, wenn ihm zur Zeit der L. C. geleistet worden wäre, dieses Motiv, obwohl wörtlich für das Justinianische Recht nicht mehr richtig, beweist doch schlagend den wahren juristischen Gedanken jener Entscheidungen.

Im Ganzen trifft das oben gewonnene Prinzip zusammen mit der Formulirung: der Kläger soll, falls er den Prozeß gewinnt, dasjenige erhalten, was er (zur Zeit der Urtheilsfällung) haben würde, wenn ihm schon im Anfang des Prozesses das ihm Gebührende geleistet worden wäre, allein diese Formulirung führt eher zu unrichtigen Consequenzen und drückt jedenfalls den eigentlich juristischen Gedanken der Justinianischen Entscheidung weniger prägnant aus. —

Zum Schlusse noch die Bemerkung, daß natürlich auch da, wo wegen Erlöschens des Rechts nach der L. C. in der Hauptsache Absolution erfolgt, wegen der zu prästirenden omnis causa der Prozeß fortgesetzt und der Beklagte verurtheilt werden kann.

l. 16 pr. Dig. R. V. 6, 1
l. 11 Dig. jud. solvi 46, 7.

Daß der Gesichtspunkt Justinian's für unsere Frage nur das consequente Resultat der schon in dem classischen Recht im Einzelnen begonnenen Modificationen des alten Prinzips und im Ganzen dem materiellen Recht entsprechend ist, ist wohl aus der ganzen Abhandlung von selbst klar geworden. Justinian hat die Tendenz, welche die classischen Juristen bei ihren einzelnen Modificationen leitete, zum Prinzip erhoben, ob mit dem vollen und klaren Bewußtsein der inneren juristisch entscheidenden Gründe dafür und des Verhältnisses seiner Compilation in dieser Frage zu dem früheren Recht? mag dahingestellt bleiben; wenn nicht, so ist es nicht das einzige Beispiel, daß die Compilation die Aufgabe, deren Lösung die classische Jurisprudenz mit ihrem eminenten theoretischen Geschick begonnen, mit practischem Tact vollendet hat.

§. 15.

Was nun das Verhältniß des in dem vorigen Paragraphen gewonnenen Resultats zu den Ansichten anderer Schriftsteller betrifft, so ist Nachstehendes zu bemerken.

Gewöhnlich wird gelehrt: über das Recht des Klägers entscheide der Zeitpunkt der Litiscontestation sowohl bei a. in rem, als bei a. in personam, die Befriedigung des Klägers vor der Verurtheilung bewirke aber die Absolution des Beklagten. So Rudorff Grundriß zu Vorlesgn. über d. gem. Civilr. 2. Ausg. 1843 S. 92 Puchta Pand. 4. Aufl. §. 96 lit. e Heffter System des Civilproz. 2. Aufl. (1843) §. 317 lit. c bb. Es ist dieß jedoch nur für das vorjustinianische Recht zuzugeben, und auch da nur mit einzelnen erheblichen Ausnahmen, insbesondere bei den freien Klagen, für das Justinianische Recht aber ganz unrichtig, man erinnere sich nur daran, daß einzig bei der nach der L. C. erfolgten Usucapion und dem Erlöschen der Servitut durch non usus, sowie bei den stricti j. j. im Fall des casuellen Untergangs in der Justinianischen Compilation die Condemnation des Beklagten erwähnt, in allen anderen unsere Frage berührenden Entscheidungen die Absolution vorgeschrieben ist. Von Vangerow Pand. §. 160 Nr. 4 läßt über die Frage, ob eine

Klage begründet sei, bei actiones bonae fidei den Moment des Urtheils, bei actiones stricti juris aber und bei in rem a. den Moment der Litiscontestation entscheiden. Auch dieß ist (vom Standpunkt des justinianischen Rechts) nicht richtig. Denn, obwohl bei den a. bonae fidei der von Vangerow aufgestellte Satz als Regel richtig ist, so sind doch auf Grund derselben ratio, welche bei der Usucapion und dem Verlust durch non usus für die in rem a. eine Condemnation gebietet, bei den bonae f. a. analog dieselben Ausnahmen zu machen, und, was die in rem a. betrifft, so ist bei ihnen im Gegentheil ganz wie bei den bonae f. a. zu entscheiden, denn das, was Vangerow für sie als Regel aufstellt, ist nur bei der Usucapion und dem Erlöschen durch non usus festgesetzt, im Uebrigen, namentlich hinsichtlich des casuellen Untergangs, das Gegentheil anerkannt. Zudem ist Vangerow's Regel für die stricti juris a. falsch. Daher hat Wächter 13. Erörterung Nr. IV. mit seiner Polemik gegen die kaum betrachteten Meinungen im Allgemeinen ganz Recht und das große Verdienst, die vorliegende Frage zuerst vom Standpunkt des practischen Rechts näher geprüft zu haben (Keller hat dieselbe vom Standpunkt des classischen Römischen Rechts angeregt), allein auch seiner Ausführung kann man nicht durchaus beitreten. Er macht geltend, bei den bonae fidei a. habe der Richter auch die später eingetretenen Befreiungsgründe beachten müssen, dieß ist jedoch (und zwar nur im Sinne des Justinianischen, höchstens noch des späteren classischen Rechts) nur als Regel wahr, der oben in §. 14 geltend gemachte und erwiesene Justinianische Gesichtspunkt übersehen. Bei den dinglichen Klagen dagegen behauptet Wächter mit Recht dieselbe Regel wie bei den bonae f. a. Dagegen bestimmt er die Modificationen derselben nicht richtig, indem er von der Regel nur da und in so weit eine Ausnahme statuirt, als eine besondere persönliche Verpflichtung des Beklagten dem Kläger gegenüber die eingetretene Erlöschung des dinglichen Rechts des Klägers aus besonderen Gründen unwirksam mache. Man könne nämlich, führt Wächter aus, aus den Stellen, auf welche die Dissentienten ihre Behauptung stützen, nur folgende Sätze

herleiten: dem Kläger soll es gegenüber vom Beklagten nicht schaden, vielmehr sei dieser zu verurtheilen, wenn dem Kläger sein Recht nach der Litiscontestation verloren gehe entweder a) durch eine unbefugte Handlung des Beklagten (z. B. dolose oder culpose Vernichtung der Sache) oder b) überhaupt durch ein Ereigniß, für welches der Beklagte zu haften habe (z. B. zufälliger Untergang der Sache beim unredlichen Besitzer), oder c) durch eine erst während des Prozesses eingetretene Usucapion. Diese Entscheidung stütze sich auf ganz natürliche Gründe. In den Fällen a und b seien diese ganz unläugbar. Aber auch die Stellen über die Usucapion machen keine Schwierigkeit. Denn, obwohl durch die Litiscontestation und die damit verbundene prozessualische Consumtion der Lauf der Usucapion nicht unterbrochen werde, weil diese blos Einfluß auf das obligatorische Verhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten, also im eintretenden Fall auf die Verbindlichkeit des Besitzers, die Sache herauszugeben habe, so werde eben durch die Anstellung der Klage und die Litiscontestation sein persönliches Verhältniß zum Kläger geändert; er habe dadurch mit dem Kläger die bedingte obligatio condemnari oportere contrahirt, falls das Recht des Klägers sich wirklich begründet zeigen würde. Durch eine einseitige Thätigkeit von seiner Seite während des Prozesses habe er dieser Obligation, wenn sie zur Zeit der L. C. begründet gewesen, nicht entgehen können. Daraus sei gefolgt, daß der Beklagte seines persönlichen durch die L. C. begründeten Verhältnisses zum Kläger wegen, wenn er während des Prozesses die Sache usucapirt habe, doch diesem obligirt geblieben sei, die Sache herauszugeben. Diese Begründung vermögen wir nicht anzuerkennen.

Sie beweist viel zu viel und sogar das Gegentheil von dem, was Wächter für die dinglichen Klagen gerade als Regel so sehr premirt, denn, wenn durch die Litiscontestation die bedingte obligatio condemnari oportere contrahirt wird, falls sich das Recht des Klägers wirklich begründet zeigen würde, so folgt daraus mit Nothwendigkeit die Regel, daß der Beklagte überhaupt, trotz dem Erlöschen des klägerischen Rechts nach der L. C. verurtheilt werden

muß, und so gut der Beklagte persönlich obligirt ist, dem Kläger die usucapirte Sache oder durch non usus erloschene Servitut herauszugeben, ist er persönlich obligirt, für jedes anderweitige Erlöschen des klägerischen Rechts einzustehen. Gegen dieses Argument kann auch kein Nachdruck auf die „einseitige Thätigkeit von Seiten des Beklagten" gelegt werden, denn eine etwaige Beschränkung darauf steht mit dem Wächter'schen Prinzip, der obligatio condemnari oportere, in directem Widerspruch, paßt gar nicht zu diesem, überdieß enthält die Usucapion und der non usus überhaupt gar keine Thätigkeit des Beklagten, sie sind Ereignisse, die ebenso außerhalb der Thätigkeit des Beklagten liegen, als jedes beliebige andere Ereigniß, welches das Erlöschen des klägerischen Rechts herbeiführt; der Grund, warum das klägerische Recht durch Usucapion und non usus nach der L. C. erlischt, ist lediglich der, weil der Beklagte die Sache nicht schon zur Zeit der L. C. dem Kläger herausgegeben hat, ganz derselbe Grund, aus welchem häufig durch Zufall die Sache selbst beim Beklagten zu Grunde geht, ein Zufall, der sie sehr leicht beim Kläger nicht getroffen hätte, — und doch leidet es nach Justinianischem Recht, namentlich nach Wächter's Ausführung, nicht den geringsten Zweifel, daß in diesem letztgenannten Falle, sofern der Beklagte nicht malae fidei possessor ist, absolvirt wird! Ebenso wenig genügt der eventuell von Wächter für die von ihm bei den in rem a. aufgestellte, auch von uns angenommene Regel geltend gemachte Grund, daß nach unserem Recht die Grundsätze der bonae fidei actiones auch hier anzuwenden seien. Da nämlich nach Wächter (Hft. 2 S. 47 und 56 Nr. 9) bei den bonae f. a. der Juder „nicht blos auf den Standpunkt der Sache, wie er zur Zeit der Litiscontestation war, zu sehen, sondern auch alle Veränderungen zu beachten hatte, die sich bis zur Fällung seines Urtheiles zutrugen," so ist die Condemnation troß der nach der L. C. erfolgten Usucapion beziehungsweise Aufhebung durch non usus mit diesem Argument nicht vereinbar.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß die bei den in rem a. allerdings vorkommenden Modificationen des im Justinianischen Recht

geltenden Prinzip, anders und zwar so, wie in §. 14 oben geschehen, begründet, und dieselben Modificationen analog bei den bonae f. und den stricti juris a. angewendet werden müssen.

Endlich ist noch von Savigny's zu erwähnen. Er stellt die allgemeine Regel auf: Wenn die juristischen Bedingungen der Verurtheilung zur Zeit der L. C. vorhanden sind, während der Dauer des Rechtsstreits aber verschwinden, so muß nun dennoch die Verurtheilung erfolgen (Bd. 6 §. 260 bes. Nr. IV.). Davon macht er auf die in rem a. (§. 2. 55 II.) wörtlich folgende Anwendung:

„Bei den Klagen in rem kann es geschehen, daß das Recht des Klägers (z. B. das Eigenthum, welches zur Zeit der L. C. vorhanden war, während des Rechtsstreits untergegangen ist; das soll die Verurtheilung selbst nicht hindern." Dasselbe nimmt er in Nr. III. offenbar auch für die persönlichen Klagen an, bei welchen er aber natürlich den Fall der Befriedigung des Klägers ausnimmt.

Hiernach hält Savigny im Wesentlichen ganz an dem im alten Römischen Recht geltenden Prinzip fest, und bedarf eben deßhalb keiner besonderen Widerlegung, diese ist durchaus hinreichend in dem Bisherigen gelegen. Nur die Bemerkung mag hier noch Platz greifen: Für sein oberstes Prinzip hat er nicht einmal einen eigentlichen Beweis zu führen versucht. Er deducirt es nämlich so: „Aus der Litiscontestation entstehe ein obligatorisches Verhältniß, dessen allgemeiner Inhalt dahin gehe: es soll der Nachtheil ausgeglichen werden, der aus der unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entsteht

l. 91 §. 7 Dig. de leg. I.

oder mit anderen Worten:

Der Kläger soll, wenn er den Prozeß gewinnt, dasjenige erhalten, was er haben würde, wenn das Urtheil gleich Anfangs hätte gesprochen werden können."

l. 20 Dig. R. V. 6, 1

l. 31 Dig. de R. C.

(S. 26 und 35.)

Es ist jedoch zunächst klar, daß aus dem so formulirten Prinzip

durchaus nicht das folgt, was Savigny selbst in §. 260 Nr. IV. als Regel hinstellt: Wenn die juristischen Bedingungen der Verurtheilung zur Zeit der L. C. vorhanden seien, während der Dauer des Rechtsstreits aber verschwinden, so müsse nun dennoch die Verurtheilung erfolgen. Denn sehr häufig würde der Kläger, wenn sein Recht während des Rechtsstreits verschwindet, dadurch, daß der Beklagte dennoch verurtheilt wird, viel mehr bekommen, als er haben würde, wenn das Urtheil gleich Anfangs hätte gesprochen werden können, z. B. es steht dem Kläger das Eigenthum unter einer Resolutivbedingung zu, ehe sie eingetreten ist, wird gegen den dritten Besitzer die rei vindicatio angestellt, nach der L. C. aber tritt die Bedingung ein und das Eigenthum des Klägers hört damit von selbst auf; wäre nun das Urtheil gleich Anfangs gesprochen worden, so hätte der Kläger jetzt, d. h. zur Zeit wo das Urtheil wirklich gefällt wird, nichts mehr, müßte dagegen der Beklagte immer verurtheilt werden, wenn sein Recht zur Zeit der L. C. begründet war, so müßte dem Kläger hier nach Justinianischem Recht gleichwohl das Eigenthum, nach dem römischen Formularprozeß stets dessen Werth zugesprochen werden!

Uebrigens ist nicht einmal der Inhalt, den Savigny der aus der L. C. hervorgehenden obligatio gibt, zuzugestehen; er würde z. B. dahin führen, daß der Beklagte trotz dem casuellen Untergang des Objekts immer dann gleichwohl verurtheilt werden müßte, wenn der Untergang beim Kläger, falls das Urtheil zur Zeit der L. C. gefällt worden, nicht erfolgt wäre, was doch unzweifelhaft ein unrichtiges Resultat ist.

Die drei von Savigny citirten Stellen beweisen begreiflich für sich nichts, sie sind nur im Zusammenhang mit der ganzen historischen Entwicklung der Lehre, und mit allen übrigen einschlagenden Quellenzeugnissen zu verstehen, und haben in der geschlossenen Justinianischen Gesetzgebung schon wegen dieser Geschlossenheit allein eine ganz andere Bedeutung.

Ebenso wenig hat Savigny durch seine Quellencitate für die von seinem Prinzip auf die in rem a. im Allgemeinen gemachte

Anwendung deren Richtigkeit bewiesen. Diese Citate beschränken sich einzig auf die Stellen, in welchen eine Condemnation des Beklagten trotz der nach der L. C. erfolgten Usucapion und dem nach diesem Moment eingetretenen Erlöschen der Servituten durch non usus anerkannt ist. Für die allgemeine Geltung seines Grundsatzes bei den in personam a. endlich hat er gar keine Belege.

Uebrigens macht der große Meister des Römischen Rechts in unserem Jahrhundert, und dieß muß ausdrücklich hervorgehoben werden, von seinem zu allgemein gefaßten Prinzip im Einzelnen durchaus keinen unrichtigen Gebrauch, in allen den Fällen des Erlöschens des Rechts nach der L. C., in welchen er gleichwohl eine Verurtheilung des Beklagten fordert, verlangen auch wir in Gemäßheit der von uns gewonnenen Resultate eine solche, und es mag sich der ganze Mangel auf eine minder genaue Ausdrucksweise reduciren, die freilich in der allzu kurzen Behandlung unserer Frage bei Savigny ihren Grund hat.

Außerdem ist noch eine spezielle Bemerkung gegen Savigny zu machen.

Unter den „persönlichen Klagen, deren Grund nach der L. C. verschwindet," führt er auch die Noralklage des von einem Sclaven Bestohlenen gegen den Eigenthümer an, mit der Bemerkung, das Eigenthum sei zur Zeit der L. C. erfordert, und der Beklagte trotz der nach der L. C. vorgenommenen Veräußerung des Sclaven, selbst wenn sie an den Kläger geschah, verurtheilt worden.

Allein dieser Fall gehört überhaupt gar nicht hieher, denn es ist hier von einem Erlöschen des klägerischen Rechts überall keine Rede, es fällt nur eine Voraussetzung der Verpflichtung des Beklagten, das Eigenthum, weg, aber nicht einmal von diesem Gesichtspunkte aus gilt bei den Noralklagen irgend Etwas von den Prinzipien des Justinianischen Rechts Abweichendes, sofern der Beklagte durch jeden unverschuldeten Verlust des Eigenthums auch nach der L. C. befreit, und nur, wenn er sich dessen selbst und absichtlich entäußert, dennoch condemnirt wird. Dieß ist eben ganz deutlich gesagt in den von Savigny angeführten

l. 37, 38 pr. Dig. de noxal. act. 9, 1 (Triphon. u. Ulpian.)
... „suaque culpa litis aestimationem sublaturum, qui vendendo noxae deditionem sibi ademit,“
sowie in

l. 16 Dig. si quadrup. 9, 1 (Ulpian.)

Es bedarf auch wahrlich keiner Ausführung, daß durch das freiwillige, absichtliche Aufgeben des Eigenthums, nachdem der Prozeß einmal eingeleitet ist, der Beklagte unmöglich befreit werden kann, seine Verurtheilung hinge ja lediglich von seinem eigenen Belieben ab. Auch mag bei der Entscheidung der

l. 37 und 38 citt.

der Gesichtspunkt mitgewirkt haben, daß ja die Klage selbst nur auf Ersatz gerichtet werden kann, und es dem Beklagten blos freisteht, sich durch noxae datio von der Ersatzverbindlichkeit zu befreien (s.g. facultas alternativa). Doch ist dieser Gesichtspunkt wohl nicht der prinzipiell entscheidende, weil ja der oberste Grundsatz der Noxalklagen ist: noxa caput sequitur, dieser aber strict angewendet, auch bei jeder Veräußerung nach der L. C. zur Freisprechung führen müßte.

Noch viel weniger kann man Puchta beistimmen, der in seinen Pand. §. 96 Note m sagt, bei den Noxalklagen entscheide zum Nachtheil des Beklagten streng die Zeit der L. C., so daß er nachher durch den Verlust der Sache nicht befreit werde, und es ist schwer einzusehen, wie dieser Rechtssatz sich auf

l. 1 §. 16 Dig. si quadrup.

und

l. 37 Dig. de noxal. axt.

gründen läßt.

Die erste Stelle entscheidet nämlich: Wenn nach der L. C. das Thier durch einen Dritten getödtet werde, so sei der Beklagte freizusprechen, wenn er die ihm gegen den Thäter zustehende legis Aquiliae actio abtrete, weil er die Macht zur noxae datio verloren habe, wolle er aber jene Klage nicht abtreten, dann habe er allerdings die litis aestimatio zu leisten.

Diese Stelle beweist, wie auf der Hand liegt, gegen Puchta.

Denn, wenn sein Satz richtig wäre, müßte der Beklagte im Fall der l. 1 §. 16 unbedingt in die litis aestimatio verurtheilt werden und könnte von einer Befreiung durch Klagenabtretung keine Rede sein.

Ebenso wenig beweist l. 37 in den hieher gehörigen Schlußworten: „Quodsi post litem contestatam eum redemero, condemnandus erit venditor," d. h. wenn ich nach der L. C. den Sclaven, der mich bestohlen, von dem Beklagten kaufe, so wird der Beklagte doch verurtheilt, aber warum? Darauf gibt die

l. 38 eod.

die deutliche Antwort: „suaque culpa" etc. sowie überhaupt das oben hinsichtlich der Veräußerung nach der L. C. Ausgeführte.

Im Cursus der Inst. §. 278 Note zz führt Puchta für den Satz: Wenn der Sclave nach der L. C. sterbe, so müsse der Herr litis aestimationem sufferre an:

l. 3, 9 §. 4 l. 42 §. 1 Dig. de nox. act. 9, 4

von diesen Stellen enthält jedoch keine auch nur eine Spur jenes Satzes. Man lese sie nur, z. B. die letzte Stelle:

Si quis pro servo mortuo, ignorans eum decessisse, noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse, propter eum dare oportere.

Sie ist gerade so beweisend, als

l. 1 §. 13 Dig. si quadrup. (Ulp.)

Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio,

welche z. B. Sintenis Civilr. §. 127 Note 35 oder

l. 21 pr. Dig. de noxal. act. (Ulp.)

welche Heimbach im RLex. Bd. 1 S. 70 Note 14 für die unbedingte Haftung nach der L. C. anführen.

Aus jener Stelle kann blos per contrarium argumentirt werden, wozu schon ihre ganze Ausdrucksweise gar nicht berechtigt. Die letzte Stelle:

Quoties dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine non suscipitur iudicium, aut si id non faciat, iudicium

suscipietur omnimodo, sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat, dolove malo fecerit, quominus haberet,
sagt blos, wer nicht den Sklaven selbst hingeben wolle, müsse sich unter allen Umständen, jedenfalls, auf den Prozeß einlassen, damit ist aber noch lange nicht gesagt, er müsse auch unter allen Umständen verurtheilt werden, zwischen Beiden ist ein sehr großer Unterschied, ja der Schlußsatz scheint überdieß ausdrücklich zu sagen: Der Beklagte werde übrigens nur dann verurtheilt, wenn er es in seiner Macht habe, den Sklaven hinzugeben, oder dolose die Möglichkeit sich hiezu entzogen habe, wiewohl zugegeben werden muß, daß sich diese Bestimmung möglicher Weise auch auf den Moment des judicium suscipere und nicht auf den des Urtheils beziehen kann. Für Letzteres spricht aber die Redeweise in der Gegenwart „habeat".

§. 16.

Das heutige gemeine Recht unterscheidet sich in Betreff unserer Frage von dem Justinianisch-Römischen insofern, als es keine stricti juris actiones mehr kennt und die diesen eigenthümliche strengere Behandlung bei uns durchaus weggefallen ist[a]. Daher gilt heutzutage für alle Klagen die Regel, daß jeder nach der L. C. eingetretene Erlöschungsgrund berücksichtigt und der Beklagte frei gesprochen werden muß, wofern das Erlöschen des klägerischen Rechts nicht eben durch die Streitzögerung herbeigeführt wird, und es ist insbesondere der noch im Justinianischen Recht geltende Unterschied zwischen beiden Arten von Klagen hinsichtlich des casuellen Untergangs nach der L. C. verschwunden.

In unserem Recht ist überall nicht mehr der Geist durch die Form beherrscht, vielmehr ist diese lediglich seine Dienerin, unser Recht ist durchaus von dem Prinzip der aequitas und bona fides durchdrungen, was sich speziell in Beziehung auf unsere Frage durch die ausdrücklich von dem canonischen Recht und der gemeinrechtlichen Praxis sanctionirte Zulassung der erst nach der L. C. entstandenen Einreden auf eine eclatante Weise manifestirt,

---

a) Savigny Bd. 5 S. 224 Wächter Erörtrgn Hft 2 S. 122 ff.

c. 4 x. de except. 2, 25.

c. 4 de elect. in 6to [b].

Dem Richter ist für die Beachtung sämmtlicher für die Entscheidung eines concreten Rechtsstreits irgend relevanten Thatsachen keine andere Schranke gesetzt, als die prozessualisch durch den Begriff der Verhandlungsmaxime in der Festsetzung bestimmter Fristen und Präjudizien unter der Strafe des Ausschlusses mit den betreffenden Rechtsbehelfen für diesen Prozeß gezogenen Grenzen [c].

Uebrigens heben heutzutage diejenigen Gründe der Erlöschung des klägerischen Rechts, welche im Römischen Recht deßhalb nur ope exceptionis wirkten, weil sie blos in der Form des nudum pactum erschienen, das Recht des Klägers ipso jure auf, wofern

---

b) Gensler Commentar z. Martin §. 94 Mühlenbruch Entwurf des Civilproz. §. 170 Linde Civilproz. §. 203 Note 12 Heffter System des Civilproz. §. 362.

c) In dieser Richtung ist unser heutiges Recht strenger selbst als das Römische Formularverfahren. In diesem konnte bei stricti juris judiciis noch bis zum Urtheil vor dem Judex jede Vertheidigung, die eine Verneinung der Existenz des vom Kläger angesprochenen Rechts enthielt (hieher gehört auch jede Wiederaufhebung ipso jure), in den bonae fidei j. sogar jede exceptio bis zu jenem Moment vorgebracht werden, nach der Aufhebung des Formularverfahrens wurden auch in letzterer Beziehung die stricta jud. den bonae f. j. gleichgestellt; ganz anders in dem heutigen gemeinen Prozeß. In diesem ist bei allen Klagen ohne Unterschied jede nicht mit der L. C. vorgetragene Einrede ausgeschlossen, und unter Einrede in diesem Sinne nicht blos die Römische exceptio, sondern mindestens auch jede das Recht ipso jure aufhebende Thatsache begriffen (vgl. Heffter System S. 362). Gleichwohl wäre eine Vergleichung unseres Prozesses mit den stricti juris jud. eine durchaus verfehlte, das Motiv und der Charakter der fraglichen Bestimmungen des heutigen Prozesses sind ganz andere, als die der Bestimmungen des Römischen Rechts hinsichtlich der stricta j. Der Grund der Verschiedenheit in der Freiheit der Beurtheilung der Klagen im Römischen Recht ist ein materiell rechtlicher, er liegt in den materiellen, der Klage zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen, das Motiv für die fraglichen Bestimmungen des gemeinen Rechts dagegen ist lediglich ein prozessualisches: die dem gemeinen Civilprozeß zu Grunde liegende, ihm eigenthümliche sogenannte Eventualmaxime, das kostbare und fruchtbringende Produkt einheimischer Rechtsentwicklung, allerdings nur denkbar bei einer wesentlich schriftlichen Grundlage des Civilprozesses, die zu verlassen aber auch gewiß ein Sichselbstaufgeben wäre!

nicht die contrahirenden Partien jene beschränktere Wirkung beabsichtigen [d].

Wo nun nach heutigem gemeinem Recht troß dem Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Prozesses eine Verurtheilung des Beklagten erfolgt, da ist diese Wirkung an den Moment der Insinuation der Klage an den Beklagten zu knüpfen, nicht erst mit dem Akt, der im heutigen Civilprozeß Litiscontestation genannt wird, zu verbinden. Die Gründe hiefür sind einfach und kurz diese.

Unsere Litiscontestation ist ein von der Litiscontestation des Römischen Rechts durchaus verschiedener Akt, und der Sinn des Römischen Rechts ist der, daß die Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht mit der Einleitung des Prozesses verbunden, daß der Quasicontract, unter dessen Form (nicht nur nach dem neueren, sondern auch nach dem älteren R. R.) jene Wirkungen juristisch gedacht werden, mit der Einleitung des Prozesses verknüpft sei, dieser Moment ist aber nach unserem Recht der der Insinuation der Klage und nicht der der (heutigen) Litiscontestation. Wollten wir uns streng an den Moment der Römischen Litiscontestation halten, so kämen wir zu dem Resultate — daß gar keine jener Wirkungen mehr anwendbar sei! weil wir ja den Akt, den die Römer als L. C. bezeichnen, überhaupt gar nicht haben. Jedenfalls erfüllen wir mit dem hier vertheidigten Resultat wesentlich den Geist des Römischen Rechts, nur ihm sollen wir dienen, nur ihn hat unser Rechtsleben überhaupt aufgenommen [e].

§. 17.

Zum Beleg dafür, daß die genaue Untersuchung der vorliegenden Frage auch von dem unmittelbar praktischen Standpunkte aus nicht überflüssig ist, erlaubt sich der Verfasser kurz einen Rechtsfall aus seiner eigenen juristischen Praxis mitzutheilen.

---

d) Vgl. Arndts Lehrb. der Pand. §. 267 Anm. 1 lit. d.

e) Vgl. Savigny's treffliche Ausführung in §. 278 Arndts §. 113 Anm. 5.

A hatte sich für B dem C gegenüber verbürgt, D sollte dem A versprochen haben, ihn von dieser Bürgschaftsverbindlichkeit zu befreien. Letzteres geschah nicht, daher erhob A gegen D Klage auf Effectuirung der versprochenen Liberation, d. h. auf Zahlung der Schuld des B an C. Im Lauf dieses Prozesses zahlte nun A den Gläubiger C selbst, weil C, den natürlich der zwischen A und D geschlossene Vertrag nicht berührte, mit vollem Recht von dem Bürgen die Zahlung verlangt hatte. Lediglich auf diese Thatsache hin wies sofort das Gericht (ein Württembergisches Obergericht) den Kläger „mit seiner Klage auf Befreiung von einer dem C gegenüber eingegangenen Bürgschaft" ab, indem es diese Entscheidung wörtlich so motivirte:

„Der Kläger ist mit seiner Klage auf Befreiung von der für die Schuld des B dem C gegenüber geleisteten Bürgschaft deßhalb abzuweisen, weil er im Laufe der Verhandlungen selbst erklärt hat, er habe die Schuld vollständig bezahlt, seine Bürgschaftsverbindlichkeit also gar nicht mehr existirt. Die Frage nemlich, ob die Klage begründet sei, ist von dem erkennenden Richter nicht nach dem Zeitpunkt ihrer Anstellung oder Mittheilung, sondern nach dem Zeitpunkt der Urtheilsfällung zu entscheiden.

Wächter Erörtrgn 3s Heft S. 126.

Ein Ersatzanspruch an den Beklagten aber, welcher sich etwa darauf hätte gründen können, daß der Kläger eine Schuld, deren Tilgung dem Beklagten obgelegen wäre, für diesen bezahlt habe, ist nicht erhoben worden, und konnte, ohne der Klage eine andere faktische Grundlage zu geben, auch nicht erhoben werden."

Die gegen diese Entscheidung ergriffene, im Wesentlichen auf die Theorie Savigny's von der Sicherung der Verurtheilung trotz dem Verschwinden der juristischen Bedingungen der Verurtheilung während der Dauer des Rechtsstreits durch die L. C. gestützte Berufung mit der Bitte um Verurtheilung des Beklagten zum Ersatz der von dem Kläger inzwischen bezahlten Bürgschaftssumme wurde von dem K. Württembergischen Obertribunal wegen Mangels einer begründeten Beschwerde verworfen, aus nachstehenden Gründen:

„Mit der Klage auf Befreiung von der dem C geleisteten Bürgschaft wurde der Kläger lediglich deßhalb abgewiesen, weil der Kläger im Laufe des Prozesses den Gläubiger vollständig befriedigt hatte und weil der in der Klage gestellte Antrag, daß der Beklagte den Kläger durch Befriedigung des Gläubigers von seiner Bürgschaftsverbindlichkeit befreie, der veränderten Lage der Sache nicht mehr angemessen war. Die Entscheidung des Gerichtshofs hat keine andere Bedeutung, als daß die Klage, wie sie angebracht worden, verworfen werde, wogegen dem Kläger die Anstellung einer neuen auf Ersatz des Bezahlten gerichteten Klage vorbehalten bleibt. Nachdem aber der vorige Richter über den Ersatzanspruch des Klägers nicht erkannt hat, ist dieser Anspruch in die Appellationsinstanz gar nicht erwachsen. Der Kläger war daher mit dem in der Beschwerdeschrift gestellten materiellen Antrag, daß der Beklagte zum Ersatz des von dem Kläger Bezahlten verurtheilt werde, in die erste Instanz zu verweisen."

Es kann sich hier begreiflich nicht um eine Kritik dieser beiden Entscheidungen handeln, daher beschränkt sich der Verfasser auf folgende zu der vorliegenden Abhandlung in Beziehung stehende Bemerkungen zu denselben.

Die Basis der ganzen Argumentation des obersten Gerichtshofs, die Voraussetzung nemlich, daß der Unterrichter über den Ersatzanspruch des Klägers nicht erkannt habe, möchte kaum haltbar sein. Der Richter erster Instanz hat vielmehr insofern entschieden materiell erkannt, als er offenbar die Begründung einer Verbindlichkeit (quasi ex contractu) zum Ersatz des vom Kläger an den Gläubiger C Bezahlten eben durch die Litiscontestation, die gerade durch die Einleitung des Rechtsstreits begründete Verurtheilung des Beklagten troß dem Erlöschen des klägerischen Rechts verworfen und nur die Geltendmachung eines sonst, d. h. aus anderen juristischen Gründen, als eben der Einleitung des Rechtsstreits entspringenden Anspruchs auf Ersatz dem Kläger übrig gelassen hat[a].

---

a) Es mag deßhalb ganz davon abgesehen werden und gehört überhaupt

Diese materielle Richtung, dieser Sinn des erstrichterlichen Erkenntnisses ergibt sich aus dem Schlußsatze der oben wörtlich mitgetheilten Entscheidungsgründe zu demselben. Hierin liegt nun gerade der Mangel desselben, in dem Uebersehen, daß eben in dem vorliegenden Fall der Beklagte trotz dem Erlöschen des klägerischen Anspruchs auf Liberirung zu condemniren war, weil sein ursprünglicher Anspruch (auf Befreiung) wesentlich nur durch die in Folge der Prozeßführung eingetretene Zögerung erlosch. Daß dem Kläger vielleicht aus einem sonstigen, selbstständigen Grund ein Anspruch auf Ersatz zustand (was übrigens sehr zweifelhaft ist), das ist begreiflich ganz unerheblich; wenn durch die L. C. die von uns vertheidigte obligatio erzeugt wurde, so war Beklagter zu verurtheilen, es mögen dem Kläger sonst noch Rechtsmittel zu Gebot stehen, so viel da wollen, hat ja der Vindicant, dessen Sache der Beklagte nach der L. C. dolos oder culpos zu Grunde gehen läßt, ohne allen Zweifel die actio ex lege Aquilia gegen ihn, und doch wird in diesem Falle unstreitig der Kläger deßhalb nicht mit seiner ursprünglichen Klage angebrachtermaßen abgewiesen, sondern der Beklagte ohne Weiteres zum Ersatz verurtheilt. Ueberhaupt kann in den

---

nicht zu der Seite des concreten Rechtsfalls, welche sich auf die vorliegende Abhandlung bezieht: Ob nicht, selbst wenn der Unterrichter wirklich gar nicht materiell erkannt, sondern die Klage blos, wie sie angebracht worden, verworfen gehabt hätte, der höchste Gerichtshof trotz der blos materiellen Bitte der Beschwerdeschrift dennoch über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Abweisung der Klage, wie sie angebracht worden, zu erkennen und falls dieselbe unrichtig befunden worden wäre, das erstrichterliche Erkenntniß aufzuheben und dem ersten Richter die Fällung eines materiellen Erkenntnisses aufzugeben gehabt hätte? Es ließen sich dafür nach gemeinem und noch mehr nach Württembergischen Recht gewichtige Gründe anführen, hier sei aber nur so viel bemerkt, daß das K. Württembergische Obertribunal selbst in solchen Fällen sonst trotz dem blos materiellen Petitum der Beschwerde doch formell erkannt hat, ja es geschah dieses in demselben Prozeß, als er schon früher, weil der Gerichtshof die Klage als zu früh angebracht abgewiesen hatte, an den höchsten Gerichtshof gekommen war. Das Obertribunal hob das Erkenntniß des Gerichtshofs, obwohl die Beschwerde materiell um Verurtheilung des Beklagten gebeten hatte, auf, indem es die Einrede der zu früh angebrachten Klage verwarf und wies den Unterrichter an, sofort materiell zu erkennen.

Fällen, wo die Einleitung des Rechtsstreits die Wirkung hat, daß troß dem Erlöschen des klägerischen Rechts der Beklagte zu verurtheilen ist, von einer unstatthaften Aenderung der Klage schon von vorneherein keine Rede sein, dieß wäre ein Widerspruch mit der gesetzlichen Bestimmung selbst, daß troß dem Erlöschen doch verurtheilt werden soll [b].

So hat aber, wie gesagt, der erste Richter die Sache auch nicht aufgefaßt, er ist vielmehr davon ausgegangen, es liege hier keiner der Fälle vor, wo dennoch zu verurtheilen sei [c]. Die Ursache

---

b) Vgl. Bolley Entwürfe und Anträge zu einer umfassenden Civil-, Gerichts- und Prozeßordnung für das Königreich Württemberg Bd. 1 §. 164 a. E. (Harpprecht) Entwurf einer bürgerlichen Prozeßordnung für das K. Württemberg 1848 Art. 452. In den Bearbeitungen des gemeinen Civilprozesses wird es gewöhnlich übersehen, bei der Lehre von der Streitänderung obigen Fall als zulässig ausdrücklich zu bezeichnen.

c) Das Resultat des erstrichterlichen Erkenntnisses war für den Kläger: Wenn ihm eine andere, selbstständige Klage auf Ersatz zustand, die Last der Prozeßkosten, wenn ihm eine solche nicht zukam, Verlust seines Rechts selbst und Befreiung des (vielleicht) an sich Verpflichteten lediglich dadurch, daß er prozessirt hatte! Die exceptio rei iudicatae konnte natürlich einer neuen selbstständigen auf Ersatz gerichteten Klage nicht entgegen gehalten werden, schon weil der Tenor des Urtheils auf „Abweisung des Klägers mit seiner Klage auf Befreiung" lautete, und weil die Entscheidungsgründe ausdrücklich jene Klage vorbehielten, also das Urtheil (der wahre Inhalt der Urtheilsformel wird ja eben durch die (objektiven) Entscheidungsgründe bestimmt) gar nicht darüber entschied. [Vgl. die classische Ausführung Savigny's §. 281—294 über die „Rechtskraft der Gründe."] Auf der anderen Seite geht der Inhalt des Urtheils insofern über dessen Wortlaut hinaus, als dieser blos die Klage auf „Befreiung" berührt, die Entscheidungsgründe aber offenbar eine aus der Einleitung des Prozesses an sich schon entstandene Forderung auf Ersatz absprechen. Freilich geschieht Letzteres nicht ausdrücklich, wohl aber, wie im Texte gezeigt worden, stillschweigend. Eine nachträgliche Erläuterung hätte jeden Zweifel beseitigt; eine solche hat zwar das Obertribunal, und das restrictiv, gegeben, allein der Gerichtshof ist daran begreiflich nicht gebunden, während natürlich, wenn die neu anzustellende Ersatzklage mit auf die aus der L. C. entspringende obligatio auf Ersatz gegründet und dieses Fundament von dem Gerichtshof als bereits (stillschweigend) aberkannt verworfen worden wäre, das Obertribunal, würde deßhalb appellirt, doch noch materiell über das Dasein oder Nichtdasein jener aus der L. C. hervorgehenden obligatio erkennen könnte; es wäre dieses schon deßhalb möglich, weil des Urtheil des Gerichtshofs, auch wenn es wirklich die kaum ge-

ist die zu enge Theorie Wächter's. Möge die vorliegende Abhandlung auch die Praxis zu einer genauen Prüfung der untersuchten Frage anregen!

§. 18.

In dem Bisherigen ist nur von dem Erlöschen des klägerischen Rechts in der Zeit zwischen Einleitung des Rechtsstreits und Fällung des Urtheils die Rede gewesen.

Ganz dasselbe gilt aber auch, wenn gegen das Urtheil die Appellation ergriffen und das Ereigniß, durch welches das Erlöschen des klägerischen Rechts bewirkt wird, erst im Laufe der Appellationsinstanz eingetreten ist. Der Appellationsrichter hat den Beklagten, er sei Appellant oder Appellat, freizusprechen, wofern nicht einer der Fälle vorliegt, in welchen die Verurtheilung gleichwohl zu erfolgen hat.

Dieß ergibt sich folgerichtig aus der Stellung des Appellationsrichters überhaupt nach Römischem, wie nach heutigem gemeinem Recht. Er hat nicht blos zu prüfen, ob der vorige Richter so, wie ihm die Sache vorlag, richtig geurtheilt habe oder nicht, sondern, ob, so wie die Sache ihm selbst, dem Appellationsrichter, vorliegt, die ergriffene Berufung gerechtfertigt sei oder nicht? Die Appellation kann ja auch durch nova gerechtfertigt werden und ist überhaupt ein ordentliches Rechtsmittel.

Ueberdieß haben wir dafür eine spezielle Bestätigung in einem Rescript Gordians

l. 5 Cod. si pend. appell. mors interv. 67.

Quamvis ancilla, de cuius dominio disceptabatur et a rectore

---

nannte obligatio aberkennen wollte, nicht rechtskräftig geworden ist, sofern ja gegen dasselbe eben wegen dieses Sinnes Berufung ergriffen, dieselbe aber gerade darum verworfen wurde, weil das erstrichterliche Urtheil jenen Sinn nicht, sondern lediglich formell erkannt habe, also der Appellationsrichter noch in keiner Weise über dieses Fundament des Ersatzanspruchs entschieden hat. Ein Uebelstand in erster Instanz (vor dem Gerichtshof) lag darin, daß über die Thatsache der inzwischen erfolgten Befriedigung des Gläubigers Kläger zwar gehört, aber keine weitere rechtliche Erörterung der Bedeutung dieser Thatsache für das Urtheil veranlaßt wurde.

provinciae contra te ius dictatum fuerat, in fatum concesserit, tamen, quum appellationem super ea interpositam fuisse, et in numero cognitionum pendere proponas, ea provocatio suo ordine propter peculium ancillae audiri debet.

Denn hier ist, indem die Fortsetzung des Prozesses blos auf das Peculium der verstorbenen Sklavin bezogen wird, stillschweigend angenommen, das Recht des wirklichen Eigenthümers (mag Kläger oder Beklagter es sein) und eben damit jede gerichtliche Entscheidung der Eigenthumsfrage sei durch diesen casuellen Untergang des vindicirten Objekts erloschen, was nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß der Beklagte durch den Untergang des Streitgegenstands während des Laufs der Appellation befreit wird [a].

Durch Befriedigung des Klägers kann der (verurtheilte) Beklagte begreiflich nur dann Freisprechung in der Appellationsinstanz erwirken, wenn dieselbe sich auf das im Urtheil des Unterrichters Zugesprochene erstreckt, nicht aber durch die Leistung des ursprünglich Geschuldeten, wo Dieses von Jenem abweicht. Uebrigens involvirt die Zahlung des Klägers von Seiten des Appellanten einen Verzicht auf die Appellation.

---

a) Daß in dem Falle der l. 5 Cod. cit. der praeses provinciae, nicht ein von ihm bestellter judex das Urtheil in erster Instanz gefällt hat, ist, obwohl zu Gordians Zeit der ordo judiciorum ohne Zweifel noch bestand, nicht auffallend, da von jeher die Provinzialmagistrate weit häufiger extra ordinem verfuhren, als dieß in Rom geschah, und sich dieß gegen das Ende der dritten Periode der Geschichte des Römischen Rechts zudem wohl noch bedeutend, namentlich in den Provinzen des Cäsar, gesteigert hatte.

Inhalt.

Druck der J. B. Metzler'schen Buchdruckerei in Stuttgart.

Seite





